



EUI WORKING PAPERS

IN POLITICAL AND SOCIAL SCIENCES

EUI Working Paper SPS No. 93/6

Le dilemme de l'action positive

**Analyse du concept à travers les débats parlementaires
relatifs à la loi sur l'égalité professionnelle
entre les femmes et les hommes**

LOUIS CHARPENTIER

European University Institute, Florence

European University Library



3 0001 0014 9202 6

Please note

As from January 1990 the EUI Working Paper Series is divided into six sub-series, each sub-series is numbered individually (e.g. EUI Working Paper LAW No 90/1).

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE

DEPARTMENT OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCES

EUI Working Paper SPS No. 93/6

Le dilemme de l'action positive

**Analyse du concept à travers les débats parlementaires
relatifs à la loi sur l'égalité professionnelle
entre les femmes et les hommes**

LOUIS CHARPENTIER

Je tiens à remercier les professeurs Brian Bercusson (IUE), Annie Junter-Loiseau (Université de Rennes II, Haute Bretagne), Giandomenico Majone (IUE), Christopher McCrudden (Lincoln College, Oxford) et Eliane Vogel-Polsky (Université Libre de Bruxelles) pour les commentaires qu'ils ont émis sur des versions précédentes de cet article, ainsi que pour leurs précieux conseils. Les vues exprimées ici sont celles de l'auteur.

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author.

© Louis Charpentier
Printed in Italy in June 1993
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico (FI)
Italy

Le dilemme de l'action positive

"When I use a word", Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, "it means just what I choose it to mean - neither more nor less."

"The question is", said Alice, "whether you can make words mean so different things."

"The question is", said Humpty Dumpty, "which is to be master - that's all".

Lewis Carroll, "Through the Looking-Glass".

Sommaire: Introduction. I- "Mesures temporaires de rattrapage" et "Egalité professionnelle": réflexion sur une variation conceptuelle. **II-** L'approche libérale d'un projet de loi radical. **III-** Action Positive: l'interprétation duale d'un concept flou. **IV-** Entre actions positives et législations protectrices: un "no man's land". **Conclusion:** une seconde génération d'actions positives.

La loi du 13 juillet 1983 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes¹ transpose en droit interne français la directive du Conseil CEE du 9 février 1976 relative "à la mise en oeuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail"². Elle comporte deux volets, d'une part, *l'égalité des droits*, assorti d'un dispositif cohérent (là où n'existait que des règles éparses), visant à prévenir la discrimination à raison du sexe, et, d'autre part, *l'égalité des chances* qui, quant à elle, renvoie bien plus au fonctionnement social qu'à l'édifice juridique.

¹ La loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 (dont les principales dispositions sont codifiées aux articles L.123-1 à L.123.7 du code du travail), est publiée au Journal Officiel du 14 juillet 1983.

² Directive 76/207 du Conseil des Ministres du 9.02.1976. Dans son article 2 (§ 4), il est stipulé que *"la présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1er paragraphe 1"*. J.O.C.E L du 9 février 1976.

En effet, face au maintien d'une inégalité de fait, en dépit de l'affirmation d'une égalité de droit, désormais la loi vise, non seulement les principes, mais les actions. Elle institue un rapport annuel sur les situations comparées des femmes et des hommes dans l'entreprise (en terme de classification, qualification, salaire et conditions de travail) sur la base duquel pourra être négocié un "plan d'égalité professionnelle". Il s'agit d'un plan axé sur l'égalité de résultats et qui, par le biais d'actions positives - dénommées "mesures temporaires de rattrapage", vise à supprimer les discriminations indirectes³ dont sont victimes les femmes et qui s'opposent à leur intégration dans certains postes ou filières donnés. Les actions positives définissent donc une stratégie qui vise à réformer l'organisation du travail et système d'emploi, afin de promouvoir la participation des femmes dans tous les secteurs et professions et à tous les niveaux de responsabilité, et de valoriser (en terme de qualification et de rétribution) leur travail dans les secteurs où elles sont déjà fortement représentées.

La loi de 1983 marque ainsi clairement le passage d'une logique de protection de la femme à une logique de promotion de l'égalité concrète, et, à cet égard, participe de l'évolution générale que connaît, au début de l'ère socialiste, le droit du travail dès lors *"conçu non seulement comme instrument de protection, comme manifestation de sollicitude de l'Etat-Providence mais encore et surtout comme instrument privilégié d'activation du jeu social"*⁴. Ainsi, articulées autour du thème central de la *citoyenneté*, les lois Auroux sortiront-elles l'entreprise de son statut exorbitant du droit commun, pour y consolider la garantie des droits individuels et les revaloriser dans leur dimension collective⁵.

- 3 Le concept de "discrimination indirecte" renvoie à l'identification de certains critères (d'embauche, de promotion, de rémunération...), apparemment neutres, mais qui affectent de façon défavorable et disproportionnée les employé(e)s d'un sexe donné ou placé(e)s dans une certaine situation matrimoniale ou familiale; une situation de fait qui permet d'établir *prima facie* l'existence d'une discrimination sexuelle, en dépit de l'absence de preuve d'une discrimination intentionnelle. Dans ce cas, il revient à l'employeur, d'apporter la preuve de ce que le traitement différentiel est "objectivement justifié". Voir note 51.
- 4 Jacques Le Goff, "Du silence à la parole; Droit du travail, société, Etat (1830 - 1989)", éd. Calligrammes, Quimper, 1989, p.269.
- 5 Il s'agit de quatre lois qui se déclinent sur les thèmes: des libertés dans l'entreprise (loi du 4 août 1982), des institutions représentatives du personnel (loi du 28 octobre 1982), de la négociation collective (loi du 13 novembre 1982), et des comités d'hygiène, de sécurité et d'amélioration des conditions de travail (loi du 22 décembre 1982). Pour une lecture transversale des lois Auroux, voir Claire Sutter, "L'égalité professionnelle dans les droits nouveaux", Droit Social, n° 12, décembre 1983.

Volet (ou appendice ?) féminin, de cette vaste refonte législative (500 articles soit un tiers du code du travail), la loi relative à l'égalité professionnelle, représente ... sept articles - et aucune clause contraignante ou incitative - "coincés" entre les dispositions relatives au règlement intérieur et au droit disciplinaire et celles consacrées au travail temporaire. Ne s'agit-il là que d'un simple effet de nomenclature ou, au contraire, faut-il y voir une assignation symbolique qui serait lourde de signification quant à la structuration de l'identité professionnelle des femmes? Ces femmes - ces "soeurs" - dont on peut se demander si elles ont bien été incluses comme citoyennes à part entière dans la communauté de travail ainsi réformée...

L'objectif de notre analyse est de dévoiler les présupposés implicites qui sous-tendent le concept d'action positive dans la loi relative à l'égalité professionnelle. En fait, le passage d'un principe abstrait à la mise en oeuvre de mesures concrètes pour l'abolition, ou la réduction, des discriminations, vient révéler le caractère problématique de la logique de traitement égal. L'introduction d'actions positives dans un droit du travail unidimensionnel dessine les contours d'un droit "inégal" dont la partialité apparente est instrumentale; elle constitue le moyen pour que l'objectif final, l'égalité réelle, soit atteint. Cette nouvelle dialectique entre égalité et différence pose, en fait, la question de l'aptitude du droit (même rénové), à créer une dynamique de transformation ou un ré-ajustement des conditions sociales qui façonnent les rapports sociaux de sexe.

C'est avec l'instauration d'un dispositif de protection des femmes (et des enfants), à la fin du XIXème siècle, que se développera le droit du travail. Dès lors, son histoire et celle de la division sexuelle du travail s'imbriqueront, ou pour le moins, coïncideront l'une avec l'autre. Ainsi, aujourd'hui, le droit du travail s'appuie-t-il sur une représentation paradigmatique du travailleur salarié masculin titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée ("CDI"), une *"qualification juridique forte et stable"* qui, comme le souligne Alain Supiot, est *"propre à donner aux travailleurs une véritable identité professionnelle"*. Mais cette intégration d'abord juridique, professionnelle ensuite, a son revers. Face à la multiplication des formes d'emploi dites "atypiques", dont certaines sont typiquement féminines (travail à temps partiel), *"elle s'ape non seulement les protections juridiques instituées par le droit du travail, mais l'i-*

dentité même de ceux qui se trouvent ainsi rejetés du côté des formes atypiques, et livrées à l'anomie"⁶.

Nous montrerons que l'insertion du concept d'action positive dans cet ensemble normatif s'est opérée au prix d'un glissement de référentiel: du développement d'une *culture de l'égalité des chances* à une logique de *valorisation du capital humain*. Conçue pour *promouvoir un groupe (indirectement) discriminé*, l'action positive, est alors mue par une vision libérale et devient *faussetment collective*. A l'idée de *préférence*, se substitue la rhétorique classique des *mérites et talents*; à l'idée de *promotion*, celle de la *liberté de choix* (retrait ou investissement dans la sphère de production). C'est le dilemme de l'action positive...

Les travaux parlementaires⁷ n'en seront pas moins marqués - en apparence - par un fort consensus que soulignait, au terme des débats, le ministre Yvette Roudy en notant que "*sur le principe général de l'égalité, vous (les sénateurs) étiez globalement d'accord; de même êtes-vous d'accord sur la nécessité de la mise en oeuvre d'un certain nombre de mesures de rattrapage (...)*"⁸. "A aucun moment, devait elle préciser devant les députés, *le Sénat ne (s'est) opposé aux axes prioritaires, à l'esprit dominant des textes que vous aviez adoptés. Il a approuvé les deux grands principes de ce projet que sont l'égalité des droits, d'une part, et l'égalité des chances, d'autre part, avec son corollaire, les mesures de rattrapage*"⁹.

Cet accord de l'ensemble de la classe politique sur la légitimité du recours à des actions positives pour les femmes, s'inscrit, plus globalement, dans le consensus qui entoure l'instrument juridique lui-même. Inscrit dans la culture des décideurs politiques, le souci du consensus peut cependant se traduire par une législation de compromis, par une adhésion partielle au sens réel de l'action positive. Ainsi, "*les importantes convergences entre les deux assemblées sur la*

⁶ in "La fraternité et la loi", Droit Social, n° 1, janvier 1990, p.126.

⁷ Le projet de loi n° 1202 "*portant modification du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*" présenté par madame Yvette Roudy, ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé des droits de la femme, a été discuté et adopté par l'Assemblée Nationale le 6 décembre 1982 par 327 voix pour et 0 contre. Les partis de droite (Rassemblement Pour la République, Union pour la Démocratie Française) se sont abstenus. Il sera définitivement adopté, en quatrième lecture (projet n° 1679), le 30 juin 1983.

⁸ JO/Sénat du 29 juin 1983, p.2071.

⁹ JO/AN du 1^{er} juillet 1983, p.3390.

*philosophie et les finalités du projet de loi*¹⁰, ne sauraient masquer l'ambiguïté de la "traduction" du concept sous la forme de *"mesures temporaires de rattrapage"*, de même qu'elles ne sauraient cacher le dualisme qui résulte de son interprétation.

L'ambiguïté du texte de loi découle, en premier lieu, de la nature même de l'expression "Action Positive", et, plus largement, de la notion d'égalité. Deux concepts qui loin d'être clairs et limpides, sont, bien au contraire, vagues, incertains, mal définis voire même, non définis¹¹. Nous montrerons que ces incertitudes résultent, en second lieu, des choix terminologiques opérés par les rédacteurs du projet de loi. En effet, ceux-ci semblent avoir délibérément choisi de conférer au texte un caractère ambivalent en évacuant les concepts traditionnels (et controversés) de l'égalité, pour recourir à des notions indéterminées (et donc consensuelles). On se trouve dès lors en présence d'une loi "prête-à-penser" susceptible d'accueillir deux interprétations différentes, en totale contradiction quant au *"degré d'efficacité à attribuer au texte"*, c'est à dire sur *"les moyens nécessaires pour que (les principes nouveaux) s'appliquent pleinement et véritablement"*¹² (**Titre I**).

Ce désaccord sur la méthode renvoie, en fait, à la rencontre de deux discours sur les actions positives, s'inscrivant dans des conceptions différentes de ce que doit être une politique d'égalité professionnelle. L'"efficacité" que l'on entend alors conférer à celle-ci est directement liée à des perceptions diverses de la société, à différentes visions du travail des femmes, de l'image de la famille, du rôle de l'Etat... Ainsi peut-on distinguer, selon la classification opérée par Jewson et Mason, deux conceptions *"libérale"* et *"radicale"*¹³.

¹⁰ Marie-France Lecuir, rapporteur de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, JO/AN du 28 juin 1983, p.3252.

¹¹ Voir H. L. A. Hart "The concept of law", Oxford University Press, 1961. Plus particulièrement dans le chapitre VII: "Formalism and rule-scepticism", la théorie de l'"open structure" de la terminologie des lois, pp.120-150.

¹² Y. Roudy, JO/Sénat du 22 juin 1983, p.1809.

¹³ Nick Jewson et David Mason, "The theory and practise of equal opportunities: liberal and radical approaches", The Sociological Review, vol.34, n° 1, february 1986. le clivage libéral/radical renvoie, sur l'échiquier politique français de 1983, à deux grandes familles politiques: d'une part, la droite regroupée majoritairement au sein de deux partis (R.P.R et U.D.F), et, d'autre part les partis socialiste et communiste alors alliés au gouvernement. Cependant, ces deux courants porteurs de projets spécifiques en matière d'égalité professionnelle, ne constituent pas des ensembles homogènes. Nous verrons que, au cours des débats, des confusions entre les différents programmes s'opèrent, au fur et à mesure que les uns et les autres empruntent les idées ou la rhétorique du camp adverse. Un des principaux champ de cette stratégie à été celui du débat quant à la compatibilité entre actions positives et législations protectrices.

La première affirme que, *"in principle, equality of opportunity exists when all individuals are enabled freely and equally to compete for social rewards"*. Dès lors, *"the role of policy maker is seen as analogous to that of umpire or referee"*, et la fonction d'une politique d'égalité professionnelle revient ainsi à *"to devise fair procedures, such as those designed according to principles of rational-legality and bureaucratic impartiality. They scrupulously avoid both direct and indirect forms of discrimination. Thus for those subscribing to the liberal view, the principles embodied in equal opportunities policy are procedural ones"*¹⁴.

L'approche radicale quant à elle, *"seeks to intervene directly in workplace practices in order to achieve a fair distribution of rewards among employees, as measured by some criterion of moral value and worth"*. Au contraire de la conception libérale, les radicaux se soucient avant tout de *"the outcome of the contest rather than with the rules of the game, with the fairness of the distribution of rewards rather than the fairness of procedures"*¹⁵.

En confrontant les approches radicale et libérale de l'égalité professionnelle, nous tenterons de faire apparaître le dualisme qui caractérise les présupposés, la mise en place et le sens conféré aux concepts clefs d'une nouvelle politique égalitaire (**Titre II**). Nous verrons que ces deux approches s'inscrivent, en fait, dans des paradigmes différents du changement social, et se traduisent par deux types d'Action Positive. Nous les qualifierons respectivement: d'**Action Positive Compensatrice** et d'**Action Positive Programmatique**. Une distinction qui fait apparaître l'égalité professionnelle sous deux aspects fort différents: un droit individuel à l'égalité de traitement, ou une politique sociale visant l'égalité des résultats, et poursuivant deux objectifs distincts: la valorisation d'une catégorie de main d'oeuvre féminine, ou le traitement spécial d'une catégorie socio-légale minorisée (**Titre III**).

Enfin, *"considérant que ce projet de loi ne cherche pas à abolir les protections particulières aux femmes mais plutôt à (en) éviter la prolifération"*¹⁶ nous verrons que le dilemme entre actions positives compensatrice et programmatique se prolonge par la problématique de la cohabitation entre action positive et législation protectrice. A travers l'analyse des débats entre com-

¹⁴ Idem, p.313-314.

¹⁵ Idem., p.315.

¹⁶ M-F. Lecuir, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7996.

munistes, socialistes et libéraux, nous soulignerons l'incapacité de la loi à tracer une frontière claire entre ces deux concepts, relevant, pourtant, de logiques opposées. Il s'agira alors d'examiner dans quelle mesure l'impossibilité de conférer aux actions positives un support légal autonome, se traduit par la persistance de certaines dispositions particulières dont l'effet est de légitimer les discriminations que les premières se proposent de combattre (**TitreIV**).

Titre I

"Mesures temporaires de rattrapage" et "Egalité professionnelle": Réflexion sur une variation conceptuelle

*"L'innovation la plus originale d'entre les diverses propositions européennes est celle qui concerne ce qu'on appelle "les actions positives" que j'ai, quant à moi, interprétées comme "mesures de rattrapage temporaires" pour les femmes*¹⁷.

Comment expliquer cette "interprétation" du concept d'Action Positive?¹⁸

Il semble raisonnable de penser que les **"mesures temporaires de rattrapage"**¹⁹ constituent une variation terminologique qui n'est pas étrangère au souci de distinguer les propositions gouvernementales d'une expression à forte odeur de souffre... En effet, après vingt années d'expérience américaine, les actions positives se trouvaient alors au centre d'une controverse. A tel point qu'elles en revêtaient souvent un caractère péjoratif, résultat de leur assimilation à ce qui n'en n'est qu'une forme extrême: les quotas. Ainsi, en

¹⁷ Y. Roudy, interview à "Français du monde", n° 31, avril-mai 1984, p.25.

¹⁸ Notons que cette variation sur le concept d'action positive n'est pas propre à la loi française. En effet, de la comparaison terminologique de différentes législations nationales, il résulte une grande variété d'expressions, telles: *"mesures temporaires spéciales"*, *"mesures destinées à assurer l'égalité de facto"*, *"mesures destinées à remédier aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes"*, *"quotas sexuels"*, *"traitement préférentiel accordé à des personnes d'un sexe déterminé dans le but de surmonter des inégalités de fait"*, *"la préférence fondée sur le sexe dictée par la nécessité de remédier à une inégalité en terme de valeur sociale"*, *"mesures destinées exclusivement aux femmes ou aux représentants d'un sexe donné"*, etc... Voir Eliane Vogel-Polsky, "Les actions positives et les contraintes constitutionnelles qui pèsent sur leur mise en oeuvre dans les Etats-membres de Conseil de l'Europe", Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1989, p.37.

¹⁹ On trouvait déjà l'expression *"mesures de rattrapage"* dans la loi du 13 novembre 1982 sur la négociation collective qui dispose que les conventions de branche conclues au niveau national, doivent, pour pouvoir être étendues, contenir un certain nombre de dispositions et notamment une clause concernant *"l'égalité de traitement entre les salariés des deux sexes et les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées"*. Cette rédaction a été modifiée par le législateur de 1983 qui précise désormais que la clause obligatoire en question doit viser *"l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes"* et non plus *"l'égalité de traitement entre les salariés des deux sexes"*.

1982, l'affaire dite "des quotas", suscitée par l'invalidation d'une disposition de la loi électorale municipale qui prévoyait une "mixité" des listes, avait déjà "clairement démontré la résistance des structures institutionnelles à l'égard d'une politique de discrimination positive"²⁰.

*"Certain concepts have such an a heavy historical weight of meaning - connotations, assumptions, hypotheses - buried in them that their use almost commits writer and reader to the implicit (and all the more powerful because of that implicitness) theory about the causes and the consequences of the phenomena alluded to by the concept"*²¹. L'appellation originelle pouvait donc conférer à la politique d'égalité professionnelle souhaitée par le gouvernement, un aspect contraignant, risquant de "déraper" à la suite d'un détournement de la volonté du législateur, par les administrateurs et les juges. Cette crainte, bien qu'en partie apaisée par la décision du Conseil constitutionnel, ne pouvait être définitivement écartée en raison de l'attitude de ce dernier, qui, traditionnellement, s'est référé à la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis, *"incarnation of all the virtues but also symbol of the famous danger or risk of the government of judges"*²²... Comme ce sera le cas en France, les textes adoptés par le Congrès des Etats-Unis n'ont, en effet, jamais conféré aux actions positives un caractère obligatoire. Ainsi, leur développement a-t-il largement été le fruit de la politique de l'appareil bureaucratique et de l'interprétation "active" des juges américains²³... Dans le même esprit, le Conseil constitutionnel, en assimilant le but de certaines lois à un "objectif constitutionnel", peut aisément transformer cet objectif en "obligation constitutionnelle", et, dès lors, condamner toute loi qui l'abandonnerait²⁴.

20 E. Vogel-Polsky, op. cit., p.48. Le 18 novembre 1982, le Conseil constitutionnel rejetait la disposition d'une loi électorale prévoyant qu'aucune liste ne pouvait comporter plus de 75% de candidats d'un même sexe.

21 R. R. Alford, R. Friedland, "Powers of theory: Capitalism, the State and Democracy", Cambridge U.P., Cambridge, 1985, p.30.

22 Michael H. Davis, "A government of judges: an historic re-view", The American Journal of Comparative Law, vol.35, 1987, p.574.

23 Nicholas Capaldi, "out of order", Prometheus Book, Buffalo, New-York, 1985.

24 *"En effet 'la France est une République...sociale' proclame l'article 2 de la Constitution; l'objectif du droit du travail - à quelques exceptions près - est un objectif social donc constitutionnel; par ce biais le Conseil constitutionnel peut donc également contribuer à consolider des principes particulièrement nécessaires à notre temps"*, F. Luchaire, "Le Conseil constitutionnel", in "Les transformations du droit du travail", collectif, Dalloz, Paris, 1989, p.104.

Susceptible de "rassurer" le législateur, cette interprétation "sportive"²⁵ du concept clé de la nouvelle politique égalitaire du gouvernement a, en fait, pour principal résultat de conférer aux actions positives un statut socio-politique compliqué et, parfois même, incertain. En effet, pour les femmes, être reléguées dans un marché secondaire du travail, ce n'est pas "courir moins vite" ou avoir du "retard", c'est faire un autre parcours. Les inégalités entre hommes et femmes ne sauraient être ramenées à une course de vitesse dans laquelle il s'agirait pour ces dernières de "remonter à la corde"²⁶.

Ainsi, *"verbal images become the major form in which political reality is grasped"*²⁷. Or, *"(...) symbolic cues are not omnipotent, they go far toward defining the geography and topography of everyone's political world"*²⁸. Mais, dès lors que les partisans de politiques d'actions positives recourent à cette symbolique sportive, l'assimilation à des mesures de "rattrapage" a, nous semble-t-il, pour conséquence de fragiliser le concept d'Action Positive lui-même. En effet, la même rhétorique permet à ses opposants de souligner qu'une telle politique *"is rather as if a 100 metre sprint were only thought 'fair' if all the competitors reached the finishing tape at exactly the same time"*²⁹...

Autant d'ambiguïtés et d'incertitudes qui, au terme de l'élaboration du projet de loi, amèneront ses responsables eux-mêmes à faire le constat selon lequel *"les conditions de l'élaboration législative ne sont donc pas satisfaisantes et nous nous trouvons, en conséquence, en présence d'un projet de loi dont la portée pratique reste très incertaine (...) Seules sont ici en cause les formula-*

25 Afin de faire connaître la loi, un message publicitaire sera diffusé sur les trois chaînes de télévision entre le 11 octobre et le 13 novembre 1983. Il s'agissait d'un *"film qui illustre d'une façon simple et directe les nombreux obstacles que les femmes ont à franchir sur le parcours de leur vie professionnelle et la nécessité de les supprimer"*, in "Actions média", document du Ministère des droits de la femme, 11 octobre 1983. Ainsi le film représentait-il une course de vitesse entre un homme et une femme: parcours libre pour celui-ci, parcours à haies pour elle...

26 C'est cette même rhétorique sportive qui sera utilisée en 1984 pour la campagne sur l'orientation scolaire des filles. Le sénateur Pierre Louveau devait alors s'interroger *"sur la signification de ce biceps contracté frappé du symbole biologique féminin, (il) pense qu'il faut y voir la représentation de la revanche musclée d'un sexe trop longtemps opprimé par l'hégémonie masculine"*. Question écrite n° 17053 du jeudi 26 avril 1984, "Egalité professionnelle: choix du spot publicitaire".

27 Doris Graber, "Political languages", cité par Ann D. Villiers, "Legislating for women's rights and conservative rhetoric - lessons for feminists", *The Australian Quarterly*, vol.59, n° 2, winter 1987, p.129.

28 Murray Edelman, "Political language", cité par Ann D. Villiers, *ibid.*, p. 130.

29 Russell Lewis, "Affirmative poison", *Economic Affairs*, juin 1991, p.4.

tions dans lesquelles se traduit (la) volonté d'action (du gouvernement). Mais nul n'ignore l'importance de la formulation des textes"³⁰... Christopher McCrudden souligne en effet que *"positive action is a weak basis for detailed policy (or law) making without much more explanation of what, more exactly, it contains"*³¹.

Cette ellipse de la notion "Action Positive" dans la loi s'est prolongée par le recours à une expression à consonnance plus neutre que celle d'"égalité des chances" ou "de résultats": **"l'égalité professionnelle"**. *"Cette notion nouvelle qui apparaît dans le titre même de la loi ne fait cependant l'objet d'aucune définition"*. Or, *"l'apparente simplicité de la formule couvre un ensemble de 18 articles qui ne relèvent pas tous de la même analyse"*³².

Lors de la première discussion du projet de loi au Sénat, la commission des affaires sociales proposait alors, *"pour des raisons de clarté et d'efficacité"*, un article additionnel définissant *"la cible globale"*³³ de la loi. Visant à *"définir plus précisément le contenu du principe d'égalité professionnelle"*³⁴, cet article se donnait également pour objet de clarifier l'expression *"mesures temporaires de rattrapage"*, en précisant que *"bien loin de déroger au principe de l'égalité professionnelle, (elles) n'apparaîtront plus ainsi comme une dérogation, mais comme le complément nécessaire pour atteindre l'égalité des droits"*³⁵.

"La réalisation de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes constitue un impératif national.

"L'égalité professionnelle implique l'égalité des droits et l'égalité des chances entre les femmes et les hommes.

"La présente loi a pour objet de définir les conditions dans lesquelles est garantie l'égalité des droits entre les femmes et les hommes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, la formation et la promotion professionnelle, la qualification,

30 C. Sutter, "Les principes directeurs à mettre en oeuvre pour promouvoir l'égalité professionnelle entre femmes et hommes", communication à l'association française de droit du travail et de la sécurité sociale, 19.11.1982, p.2. Ex-membre du service juridique C.F.D.T, Claire Sutter était alors directrice de la Mission égalité professionnelle, qui, composée de quatre experts (A. Junter-Loiseau, J. Laufer, M. Maruani, C. Pone) avait rédigé le projet de loi.

31 in "Rethinking Positive Action", The Industrial Law Journal, vol.15, n° 4, december 1986, p.220.

32 21 articles dans sa version définitive. Marie-Thérèse Lanquetin, "De l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. A propos d'un projet de loi", Droit Social, n° 4, avril 1983, p.238.

33 P. Louveau, rapporteur de la commission des affaires sociales, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.793.

34 Idem, p.800.

35 Ibidem.

la classification, les rémunérations et avantages accordés aux salariés, les conditions de travail et, de façon plus générale, l'ensemble des aspects de la vie professionnelle. Aux fins d'assurer l'égalité des chances, des mesures temporaires de rattrapage, peuvent être prises dans les domaines et selon les procédures prévues par la présente loi, pour remédier aux inégalités de fait dont les femmes sont l'objet.

"Par leur action, les partenaires sociaux, les entreprises et l'Etat concourent à la mise en oeuvre de cet impératif national"³⁶.

Ainsi, le concept d'Egalité Professionnelle recouvre-t-il deux composantes, deux objectifs, deux obligations.

1- Il s'agit, d'une part, de renforcer l'*égalité des droits* en précisant le champ des discriminations illégitimes, et donc illégales. la loi se fixe ici une obligation de résultat en organisant la mise en oeuvre de moyens suffisamment efficaces pour rendre le principe de non-discrimination effectif: moyens "répressifs" (interdiction de discriminer) et moyens "préventifs" (obligation de traiter également).

2- L'égalité professionnelle recouvre encore la recherche d'une plus grande égalité réelle en vertu du principe d'*égalité des chances*. La loi se donne alors une obligation de moyens en autorisant le recours à des mesures temporaires de rattrapage, auxquelles elle confère un support juridique, et dont elle laisse la définition du domaine d'intervention aux partenaires sociaux.

Du concept d'"Egalité Professionnelle", relèvent donc divers principes non formulés dans la loi, comme "*l'égalité de traitement*" à laquelle les rédacteurs du projet de loi reconnaissent pourtant qu'elle serait liée comme "*deux notions voisines, pour ainsi dire jumelles*"³⁷... De même, l'expression "*égalité des chances*" est étrangement absente du texte de loi, parce que, de leur point de vue, "*s'interroger sur (ce) principe est nettement plus complexe. Un problème de contenu et de définition se pose quant à cette notion souvent contestée*", et

³⁶ p.800, JO/Sénat du 12 mai 1983. Cet article a été supprimé par les députés, qui, bien que reconnaissant que le texte de loi "*n'est pas d'une lecture facile pour l'usager*" et que "*l'explication des principes directeurs faciliterait la mobilisation des travailleurs et des employeurs dans l'entreprise*" (M-F Lecuir), ont considéré qu'il était... "*inutile*". Ils devaient souligner que "*l'insertion dans les textes législatifs de telles déclarations de principe présente de nombreux inconvénients, notamment pour les praticiens du droit, qui sont quotidiennement amenés à s'interroger sur l'application de mesures décidées par le Parlement et manifestement dépourvues de toute portée juridique*". Ils estimaient alors préférable de fixer "*dans la loi des règles et des principes fondamentaux applicables à certaines matières et en laissant à chacun le soin de dégager la philosophie des textes ainsi adoptés*" (C. Michel). JO/AN du 14 juin 1983, p.2463.

³⁷ C. Sutter, op. cit., p.9.

*"la détermination des domaines de son application présente de sérieuses difficultés"*³⁸.

Nous sommes donc en présence d'une "valse hésitations" autour des concepts traditionnels de l'Egalité. Il semble, en effet, que l'on ait cherché à éviter les expressions à forte raisonance politique, tout en essayant d'en intégrer les significations - diverses - dans de nouvelles notions aux contours vagues. Puisque la nouvelle politique du gouvernement *"repose sur l'émergence de nouveaux concepts, la loi qui l'organise doit donc, soulignait Claire Sutter, les définir de façon précise. L'application de la loi dans les entreprises et devant les tribunaux dépendra pour beaucoup de la clarté des principes mis en oeuvre, clarté quant à leur définition, quant à leur domaine d'application, quant à leur modalité d'application"*³⁹. Il ne lui restait alors plus qu'à espérer que, à cet égard, les députés *"(fassent) preuve d'une réflexion et d'une audace toute particulière"*⁴⁰...

Ces détours sémantiques apparaissent, à la fois, comme le symptôme et le résultat de ce dualisme "libéral/radical" qui traverse politique d'égalité professionnelle et concept d'action positive, et qui leur confère ambivalence politique et ambiguïté juridique. *"En fait, on peut parler d'ambiguïté quand le contexte, dans lequel est utilisé le terme qui peut recouvrir une pluralité de significations distinctes, ne clarifie pas le sens qui lui est conféré"*⁴¹. Il convient donc d'identifier l'approche libérale d'un projet de loi radical, d'analyser dans quelle mesure un texte "consensuel", peut englober des interprétations différentes de "l'égalité professionnelle" et des conceptions opposées de l'Action Positive. Le problème revient alors à *"la difficulté de coordiner une réalité fluide, liée à de subtiles équilibres négociés et à des évaluations de type économique, sociologique, psychologique, aux exigences de certitude, de clarté, de classification propres au droit"*⁴².

38 Ibid., p.11.

39 Ibid., p.6.

40 Ibid., p.2.

41 Franca Borgogelli, "La tipologia delle Azioni Positive", in "Il diritto diseguale. La legge sulle Azioni Positive", a cura di L. Gaeta, L. Zoppoli, G. Giappichelli Ed., Torino, 1992. *"Infatti si può parlare di ambiguità quando il contesto, in cui il termine che può assumere una pluralità di significati distinti è usato, non chiarisce in quale significato esso è assunto."*, p.89. Traduit par nous.

42 *"la difficoltà di coordinare una realtà fluida, legata a sottili equilibri negoziali e a valutazioni di tipo economico, sociologico, psicologico, alle esigenze di certezza, chiarezza, classificazione proprie del diritto"*, Ibid., p.90. Traduit par nous.

Titre II

L'approche libérale d'un projet de loi radical

*"Il reste que, sur trois ou quatre points relatifs à la mise en oeuvre des moyens, deux conceptions s'opposent encore: celle d'une avancée ferme et non pas "frileuse", mais mesurée, observant les réalités (...); celle d'une pression plus forte et plus contraignante"*⁴³.

Ainsi, c'est autour du degré d'"efficacité" de la loi, pour les radicaux, ou de "contrainte", selon les libéraux, que s'organiseront prioritairement les débats. Lorsque les premiers soulignent l'impossibilité de *"se satisfaire d'énoncés de principes" pour se "donner véritablement les moyens de peser sur les choses"*⁴⁴, les seconds mettent en avant le risque *"de conduire en nombre de cas à ralentir plutôt qu'à accélérer une évolution que (les deux parties) jugent nécessaire"*⁴⁵.

S'il y a consensus sur la nécessité de recourir à la règle publique pour garantir l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, en ce que la loi permet de *"préciser les droits, corriger les inégalités, donner aux femmes comme aux hommes les mêmes chances en assurant le rattrapage nécessaire, prendre les moyens d'aboutir"*⁴⁶, les libéraux veulent éviter tout "dérapiage" vers une réglementation contraignante dans un contexte qui, avec les lois Auroux, a déjà vu l'intervention gouvernementale dans la régulation des relations de travail s'accroître considérablement. Ils dénoncent la tentation d'"un zèle égalitariste", d'"une forme d'égalité forcée, incompatible avec les condi-

43 P. Louveau, JO/Sénat du 22 juin 1983, p.1811. Il fait ici allusion à l'intervention de Y. Roudy, qui, ouvrant la discussion générale regrettait l'"attitude un peu trop frileuse" du Sénat (p.1810) car hésitant "à donner son accord aux moyens nécessaires pour que (les principes nouveaux) s'appliquent pleinement" (p.1809). Elle devait souligner, plus tard, que "là où nous ne sommes pas d'accord, c'est sur le rythme. A l'évidence, je suis un peu plus pressée, vous, vous souhaiteriez que les choses aillent moins vite; vous avez préféré revenir à des notions qui, selon moi, seraient susceptibles de freiner la mise en place de ce texte". JO/Sénat du 29 juin 1983, p.2071.

44 Y. Roudy, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7998.

45 P. Louveau, Idem.

46 P. Louveau, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.793.

tions réelles d'insertion des femmes dans la vie active (I), ou, d'ailleurs, bien souvent, avec les nécessités de la gestion quotidienne des entreprises"⁴⁷, le débat se focalisera, à cet égard, sur la question du "rapport"⁴⁸(II).

I - La perception libérale de l'insertion des femmes dans la vie active

Arbitre, ou, au mieux, modèle, il n'est pas du ressort de l'Etat libéral *"to determine who are the winners and losers, but to ensure only that the social mechanisms by which winners and losers select themselves are based on principle of fairness and justice"*⁴⁹. Ainsi donc, dans la perspective libérale, *"l'appel au pouvoir aboutit moins à promouvoir la liberté ou l'égalité qu'à forcer la liberté dans le "bon" sens et à substituer certaines inégalités à d'autres"*, pour les libéraux, une politique d'égalité professionnelle peut, en fait, venir masquer *"la volonté de réduire les pouvoirs concurrents: l'élite économique (A) et la famille (B)"*⁵⁰.

A - L'égalité dans l'orbite de l'économie libérale

La conception libérale de l'égalité professionnelle trouve ses fondements dans la théorie néo-classique du marché du travail. Si la raison, le plaisir et l'individu sont les trois piliers de l'idéologie libérale, celle-ci ne saurait pour- tant déboucher sur une désintégration sociale. Elle repose, en effet, sur une

⁴⁷ Gilbert Gantier, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7987.

⁴⁸ Principale pierre d'achoppement des débats, il s'agit du "rapport sur les conditions générales d'emploi et de formation des hommes et des femmes et leur situation respective en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de classification, de qualification, de conditions de travail et de rémunération effective", Article L.432-3-1 du code du travail. Moyen d'information destiné à prendre la mesure des écarts des positions respectives des hommes et des femmes dans l'entreprise, l'employeur (dans les entreprises d'au moins 50 salariés) devra remettre annuellement au comité d'entreprise, ou à défaut aux délégués du personnel, un rapport écrit qui devrait permettre de débattre des questions touchant à l'égalité professionnelle.

⁴⁹ N. Jewson et D. Mason, op. cit., p.313.

⁵⁰ Philippe Bénétou, "Le fléau du bien. Essai sur les politiques sociales occidentales (1960-1980)", Robert Laffont, Paris, 1983, p.239. Ainsi *"toutes les professions sauf quelques-unes très spécifiques seront ouvertes aux femmes"* ce qui, selon Hélène Missoffe, pourrait bien revenir à *"substituer certaines inégalités à d'autres"*: *"ne redoutez-vous pas qu'en période de chômage cette disposition ne se retourne contre les femmes elles-mêmes? On a vu de tous temps, et encore de nos jours en Union Soviétique, des femmes déblayer la neige dans les villes dans des conditions particulièrement dures, sous la surveillance d'un homme bras croisés. (...) Imagine-t-on une jeune femme travaillant dans les travaux publics au début d'une grossesse?"* JO/AN du 7 décembre 1982, p.7992. Cette "substitution" de certaines inégalités à d'autres renvoie clairement au débat sur le maintien ou l'interdiction des législations protectrices, nous y reviendrons dans le titre IV.

"main invisible" (se concrétisant dans les lois du marché) qui guide les choix individuels vers le bien de tous. Le marché apparaît alors comme l'instrument idéal pour la circulation des informations sur les choix de chacun. En le laissant fonctionner librement, on parviendrait donc, à la fois, à la meilleure satisfaction de tous et à la meilleure allocation des ressources, c'est à dire leur plein emploi.

Ainsi, tant les différences de salaire que la ségrégation de l'emploi des femmes sur le marché du travail seraient largement expliquées par des choix et investissements en capital humain différents selon les sexes. On ne peut donc parler de discrimination que si la différence de traitement n'est pas le résultat d'une productivité potentielle différente⁵¹. La discrimination n'est alors pas *"regarded as intrinsic to the operation of capitalist labour markets but as a blemish upon them, derived from the persistence of backward or traditional cultural practices and values"*⁵².

1 - Le capital féminin. Les libéraux inscrivent leur argumentation dans la théorie du capital humain, fondée sur le postulat que le degré d'investissement en capital humain pour une activité particulière est fonction du temps consacré à cette activité. Dès lors, il est possible de conclure que *"married women with responsibility for child care and other housework earn less than men, choose "segregated" jobs and occupations, and invest less in market human capital*

⁵¹ Ici, les différences de rémunération peuvent être justifiées par: la productivité des travailleuses, leurs préférences, les caractéristiques des emplois qu'elles occupent. Les imperfections de la concurrence, des phénomènes d'ajustement dans les conditions d'offre et de demande... peuvent également être la cause de différences salariales. Finalement, la "discrimination" correspond à la disparité salariale une fois éliminés les déterminants salariaux, et ne serait donc que le résultat de pratiques discriminatoires antérieures. Il semble que la Cour de Justice des Communautés Européennes, ait, dans sa jurisprudence, intégrée cette approche libérale, en élaborant le critère de "justification objective" à travers les affaires relatives aux cas de discrimination indirecte. On parlera de "justification objective" si la différenciation opérée correspond strictement à (i) un besoin réel de l'entreprise, (ii) est nécessaire à la réalisation de l'objectif que l'entreprise s'est fixée; ce qui implique qu'elle soit le seul moyen d'y parvenir, (iii) est appropriée à l'objectif visée; la Cour entend que le moyen utilisé respecte un principe de proportionnalité afin que n'importe quel motif - justifié du point de vue de la gestion de l'entreprise - ne puisse être retenu. cf: C.J.C.E, 13/03/81, J.P. Jenkins c. Kingsgate Ltd, aff 96/80, rec.1981, p.919; C.J.C.E, 13/05/86, société Bilka Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz, aff 170/84, rec.1986, p.1607; Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening agissant pour Danfoss, aff. 109/88, rec.1989, p.3199.

⁵² N. Jewson et D. Mason, op. cit., p.314.

even when married men and women work the same number of market hours"⁵³.

Ainsi, dans l'optique libérale, les femmes sont encore réputées désengagées dans les rapports de travail. Une conception qui ne tient pas compte de l'explosion du taux d'activité des femmes⁵⁴, de leur résistance à la crise⁵⁵, de la profonde modification de leur rapport à l'emploi, marquée par une homogénéisation progressive des comportements d'activité masculin et féminin⁵⁶, pour s'en tenir à la représentation du choix selon laquelle elles donneraient la priorité à la famille et n'investiraient pas dans le travail. Elles ne joueraient qu'un rôle professionnel d'appoint.

Ce "retrait" se fonderait, selon Renaud Sainsaulieu, sur l'existence de formes d'engagements parallèles, ces *"zones d'intérêt et de pouvoir importants hors de l'entreprise qui n'est plus alors (pour les femmes) qu'un simple appoint pour une stratégie qui comptabilise ses résultats ailleurs"*⁵⁷. Autant

53 Gary S. Becker, "Human capital, effort, and the sexual division of labor", *Journal of Labor Economics*, vol.3, n° 1, january 1985, p.336.

54 Depuis le début des années 1970, le taux d'activité des femmes a progressé dans l'ensemble des pays industrialisés, faisant désormais des femmes le composant principal de l'accroissement net de la population active. En France, entre 1975 et 1982, alors que la population active progressait de 1.7 million, elles y contribuaient pour 1,2. On comptait, en 1988, 10,3 millions de femmes sur le marché de l'emploi (contre 6,7 en 1961) pour 13,9 millions d'hommes, soit près de 42,5% de la population active. Source: INSEE, O. Marchand et C. Thélot, "Deux siècles de travail en France", INSEE, Etudes, Paris, 1991.

55 En dépit de la crise, les femmes se fixent de façon continue dans le salariat (leur taux d'activité, de 30,8% en 1973, s'élevait à 35,9% en 1988; pour les hommes il passait respectivement de 54,7% à 51,1%). Une volonté massive de rester sur le marché du travail facilitée par la progression constante, au début de la crise, des services (seuls véritables créateurs d'emplois nets) quand l'industrie ne cesse de réduire ses effectifs. Les femmes sont ainsi placées dans des créneaux plus porteurs que les hommes. Résistance relative puisque, d'une part, elles occupent davantage que les hommes des emplois atypiques (travail à temps partiel notamment), et surtout parce qu'elles sont plus durement touchées par le chômage (en 1983, le taux de chômage des femmes était supérieur de moitié à celui de hommes: 12,6% pour 8,5%. En décembre 1989, près de 1,4 m. d'entre-elles étaient au chômage sur un total de 2,6 m., soit 53%). Ce paradoxe apparent disparaît à l'analyse de la structure de leur chômage qui renvoie à celle de leurs emplois et, notamment, à leur concentration dans les secteurs tertiaires dont l'activité s'est ralentie au cours des cinq dernières années.

56 On enregistre en effet, une plus grande continuité professionnelle des femmes. Elles sont désormais moins enclines à abandonner leur emploi lorsqu'elles fondent une famille, ou arrêtent de travailler pendant de plus courtes périodes, voir Maryse Huet, "La progression de l'activité féminine est-elle irréversible ?", *Economie et Statistiques*, n°145, juin 1982. Ainsi, elles sont une très forte majorité à souhaiter, sans renoncer à la maternité, exercer une activité professionnelle et poursuivre une carrière, attitude significative de leur recherche d'un statut de travailleuse à part entière.

57 Renaud Sainsaulieu, "L'identité au travail", Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2ème éd., Paris, 1985, p.253.

d'"activités porteuses de créativité, d'indépendance et même de résultats économiques qui (pour elles) situent l'accès à la valeur dans d'autres occupations", et non plus dans le travail dont "la valorisation dépend de l'effet de relation que l'on peut tirer de cette activité: pouvoir, indépendance et reconnaissance de soi"⁵⁸. Ainsi par exemple, "les femmes en usine, où elles sont particulièrement barrées sur le plan technique et hiérarchique, se servent du travail pour réussir dans la famille et le quartier et pour éviter à leurs enfants l'impasse du travail en atelier"⁵⁹.

Or, nous avons déjà écrit⁶⁰ que, si les femmes sont réputées désengagées dans les rapports de travail, cette position de retrait renvoie directement à la faiblesse des ressources stratégiques dont, dans leur grande majorité, elles disposent, compte tenu de leur place dans le procès de production (travail simplifié, monotone et de pure exécution, ne nécessitant aucun savoir d'expert), ainsi que dans l'organisation hiérarchique (absence d'initiative et soumission à l'autorité des chefs). Les femmes sont donc placées dans une situation de totale dépendance et d'incapacité à échapper à "ce mécanisme d'attribution par l'entreprise d'une identité virtuelle d'exclu (identité pour autrui), alors qu'il n'y a pas de leur part le jugement d'appartenance (...) à un groupe, une catégorie en 'retrait'"⁶¹.

Cette croyance d'un retrait des femmes dans la sphère de production est, nous semble-t-il, le résultat d'un amalgame entre le rapport des femmes au travail⁶² et leur rapport à l'emploi⁶³. "La distinction entre rapport à l'emploi et rapport au travail nous semble fondamentale car elle permet de prendre en compte un phénomène simple, à la limite de l'évidence, mais capital: dénoncer,

⁵⁸ Ibid., p.370.

⁵⁹ Ibid., p.54.

⁶⁰ Louis Charpentier, "Action Positive et formation professionnelle des femmes: stratégie égalitaire et accès à la visibilité", Mémoire de D.E.A en sociologie du travail, Rennes, 1990 (sous la direction de A. Junter-Loiseau).

⁶¹ Claude Dubar, "La socialisation. Construction des identités sociales et professionnelles", éd. Armand Colin, Paris, 1991, p.213. D'autant, souligne-t-il, que "l'adoption progressive par les entreprises du 'modèle de compétence' rend de plus en plus risqués le maintien et l'extériorisation d'attitudes de retrait au travail. Celles-ci risquent de constituer rapidement des signaux enclenchant des processus d'exclusion".

⁶² Le rapport au travail est: "le rapport au contenu et aux conditions d'exercice de l'activité professionnelle (qualification, secteurs d'activités, salaires, hiérarchie, promotion, tâches, postes...)" . Margaret Maruani et Chantal Nicole, "Quelques réserves sur l'armée de réserve", Revue Française des Affaires Sociales, n° 2, 1985, p.26.

⁶³ Le rapport à l'emploi est: "le rapport au fait d'avoir une activité professionnelle et aux formes d'accès au marché du travail (activité/inactivité, chômage/précarité/stabilité)", ibidem.

même violemment, les conditions dans lesquelles on travaille, ce n'est pas refuser de travailler. Le travail peut être à la fois l'enfer et la libération, la vie et la mort"⁶⁴. Ainsi, le comportement des femmes au travail, tout comme celui des hommes, est une réaction aux conditions de travail qu'on leur impose. Il ne prévaut en rien de leur rapport à l'emploi, mais n'est que l'expression de leur impossibilité à obtenir une reconnaissance professionnelle.

2 - Les mains visible et invisible. Les libéraux dénoncent donc, en quelque sorte, "la main visible" de la réglementation gouvernementale, assimilée à une contrainte dont les effets pourraient être pervers. *"Il est, en effet, des "libérations" collectivement forcées qui peuvent conduire à de nouveaux esclavages, mais il n'existe de chemin de progrès que dans l'accès des personnes à un libre choix, éclairé et responsable"*⁶⁵.

L'analyse du retrait des femmes dans les rapports de travail, et la fusion de celles-ci dans l'entité familiale permet de conclure que, bien que *"women are concentrated in the lowest grade, least skilled and lowest paid jobs with the poorest employment benefits and prospects"*, elles *"report high levels of satisfaction with their jobs, often greater satisfaction than that reported by men with their higher status and better paid jobs"*⁶⁶. Dès lors, une loi "contraignante" apparaîtrait comme la recherche d'un "égalitarisme aveugle qui va se retourner contre celles dont (on) veut faire le bonheur malgré elles"⁶⁷.

Les libéraux posent donc ici en "sémantique antinomique", la question des rapports entre liberté et égalité. Or, *"on ne saurait dès lors offrir tout au plus qu'un euphémisme lorsqu'on répète que la liberté et l'égalité ne seront compatibles que dans la mesure où la liberté ne sera pas trop lourdement restreinte par des mesures égalitaires. Pour assurer la compatibilité de l'égalité, et de la liberté, il ne suffit pas d'éviter toute généralisation incompatible avec la liberté*

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ P. Louveau, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.793.

⁶⁶ Catherine Hakim, "Grateful slaves and self-made women: fact and fantasy in women's work orientations", *European Sociological Review*, vol.7, septembre 1991, p.101.

⁶⁷ H. Missoffe, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7997. En effet, pour les libéraux, *"à vouloir trop défendre les femmes dans leur travail, on peut limiter leurs chances de promotion. Dans le travail les responsabilités des femmes sont lourdes, mais il faut que le producteur, que l'entreprise acceptent de laisser aux femmes les places qu'elles méritent. Toutefois, si on demande trop à l'entreprise, elle préférera donner du travail aux hommes plutôt qu'aux femmes"*, Brigitte Gros, JO/Sénat du 12 mai 1983, P.793.

des autres. (...) il faut plutôt s'assurer que nulle généralisation, qu'elle soit accomplie du point de vue de la liberté ou de l'égalité, ne substitue une obsession anti-identitaire ("*l'assimilation complète hommes-femmes*"⁶⁸) à une considération critique des différences sévissant entre les groupes et les individus"⁶⁹.

B - La famille libérale

Considérant la ségrégation qui règne sur le marché du travail comme le résultat d'une "*sociologie professionnelle particulière*"⁷⁰ aux femmes, les libéraux concentreront donc leur argumentation sur "*l'autre versant*" de l'activité des femmes, sur leur "*premier métier*"⁷¹: celui de mère et d'épouse.

Refusant "*(d'en rester) à la sécheresse mécanique d'un texte uniquement tourné vers la vie professionnelle*", ils ne manquent pas de souligner que "*la femme qui reste 'l'avenir de l'homme', appelle avec la famille toute entière d'autres attentions*"⁷². On assiste alors, puisque "*tout est lié*"⁷³, à un glissement de l'élaboration d'une politique d'égalité professionnelle proprement dite vers la revendication d'"*une politique familiale plus énergique, une politique davantage tournée vers l'aide à la famille*"⁷⁴.

Le maternage et l'éducation des jeunes enfants ayant une influence considérable sur le travail ou le non-travail de la femme, une politique publique visant ce problème apparaît objectivement légitime. Cependant, il semble que c'est bien plus du côté de la préservation de la famille et de préoccupations natalistes, qu'il faille chercher les motivations profondes des parlementaires...

68 Ibid., p.8004. Elle ajoute que "*si cette loi est un premier texte pour supprimer légalement toute différence entre hommes et femmes, alors elle est une régression*", p.8019.

69 Louise Marcil-Lacoste, "Les dilemmes de l'égalité", *L'homme et la société*, n° 83, 1er trimestre 1987, p.123-124.

70 Expression que l'on trouve en JO/AN du 17 décembre 1980, reprise par M. Halpern, "L'image des femmes à travers les débats parlementaires relatifs à la loi sur le travail à temps partiel dans la fonction publique", *Droit Social*, n° 7-8, juillet-août 1981, p.551.

71 René Haby, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7983. A ce propos, les déclarations du Député Haby ont le mérite de la clarté: "*Le problème le plus général posé par ce texte, nous le savons les uns et les autres, est celui de la place des femmes dans notre société. A ce sujet, les opinions sont partagées. Dans quelle proportion? Je ne le sais pas. En tous cas, les sentiments collectifs défavorables au développement de l'emploi féminin ne peuvent pas être totalement méprisés*", p.7982.

72 P. Louveau, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.794.

73 H. Missoffe, JO/AN du 7 décembre 1982, p. 8019. Il s'agit là d'une constante dans l'attitude du législateur qui ne perçoit la femme qu'à travers le prisme de celle qui a, ou est susceptible d'avoir une famille; ce n'est jamais le cas pour l'homme.

74 G. Gantier, Idem.

1 - La préservation de l'espèce et la protection de la famille. Si les libéraux reconnaissent que *"l'aspiration des femmes à un emploi extérieur au foyer est parfaitement légitime et que nulle contrainte ne doit lui être opposée"*⁷⁵, ils ne lui confère pas moins une double limite: l'intérêt de la collectivité et celui de l'enfant.

Affirmant tout d'abord que l'accomplissement du droit des femmes au travail *"ne saurait (...) d'aucune manière s'opposer dans les faits à la virtualité et à la potentialité maternelles"*, ils s'empressent de souligner que *"cet exercice est difficile, car l'organisation de la société doit permettre, en effet, la réalisation de deux vocations complémentaires. (...) Force est bien de reconnaître (qu'elle) n'apparaît pas aujourd'hui suffisante pour assurer dans l'équilibre la continuité des générations. Les chiffres le montrent, irréfragables, en notre pays comme en d'autres"*⁷⁶.

Ils remarquent également que *"dans ce projet, court, sous-jacente, l'idée que c'est une corvée d'élever ses enfants et qu'il faut laisser ces derniers le plus longtemps possible à la charge de la société. On écarte ainsi le problème familiale de la vie de femmes concernées (...) et par leur profession et par leur famille"*⁷⁷. La loi irait ainsi *"à l'encontre de ce que souhaitent la majorité des femmes et de ce dont on besoin l'ensemble des enfants"*⁷⁸. Alors que, d'une part, les responsabilités familiales des femmes sont avancées par les libéraux comme un champ sur lequel les pouvoirs publics devraient agir afin de faciliter l'intégration de celles-ci sur le marché de l'emploi, "l'intérêt de l'enfant", d'autre part, est implicitement présenté comme antinomique au développement de crèches ou autres équipements collectifs d'accueil des jeunes enfants...

Il convient, en fait, de replacer ces contradictions apparentes dans le débat relatif à la crise du Welfare State. Face à la durée et à la profondeur de la crise économique, se pose la question de la capacité même de l'Etat-Providence de poursuivre les missions qu'il s'était assignées. Le fléchissement de la croissance conjugué aux pressions économiques et sociales engendrées par le vieillissement de la population enclenche alors un processus de réa-

⁷⁵ P. Louveau, JO/Sénat du 12 mai 1983.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ H. Missoffe, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7997.

⁷⁸ Ibid, p.8019.

justement du social à l'économique qui, d'une part, tend, à restaurer le marché dans ses fonctions régulatrices centrales, et d'autre part, se traduit par un recours accentué à la sphère familiale (ou au rôle traditionnel de la femme au foyer) et aux réseaux privés pour assurer un certain nombre de besoins sociaux (remettant ainsi en cause l'autonomie économique des femmes).

2 - Un projet de loi sur les maris misogynes. La dotation en capital humain comme théorie explicative de la ségrégation des femmes sur le marché du travail, a fait l'objet de développements récents visant à intégrer au choix des femmes en matière d'occupation, leur choix en matière de mari.

Dès lors, pour les libéraux, *"les vraies questions de la femme au travail et de la condition de la femme (...) ne sont pas suffisamment abordées; (et) même ne sont pas du tout abordées dans (le) projet de loi. Pour que la femme puisse travailler avec une bonne conscience, quand elle est épouse, quand elle est mère, (des) problèmes se posent qui ne sont pas ici évoqués. Le premier problème est celui de l'état d'esprit du mari, de sa manière d'aborder la vie à deux, d'aborder la vie de famille. Selon que le mari sera féministe ou misogyne, tout changera pour la femme. Selon que la femme décidera de choisir et d'aimer un mari féministe tout sera différent pour elle"*⁷⁹.

La relégation persistante des femmes à un marché secondaire du travail, serait donc le résultat de leur propre choix d'investir dans la sphère privée. Un choix qui se traduirait, notamment, par la préférence pour un conjoint maintenant, lui-même, une conception traditionnelle des rôles. *"Even when husbands offer approval in principle to a wife having her own paid job, they may in practice place constraints on the type of job that can be taken, demanding that it not conflict with or impinge on their wife's primary duty to service the husband, home and children. In effect, work orientations that give a secondary place to paid work, and accord low priority to pay, prospects and job security against convenience factors, may be imposed on wives by their husbands"*⁸⁰...

Or, s'il est vrai que *"l'activité féminine peut rester déchirée entre les rôles de mère/épouse et de femme active/professionnelle, cette déchirure n'implique*

⁷⁹ B. Gros, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.796. C'est moi qui souligne. Elle poursuit en *"(proposant) de déposer un projet de loi qui compléterait (celui-ci) et qui s'intitulerait: "comment changer un mari misogyne en mari féministe"*.

⁸⁰ C. Hakim, op. cit., p.109.

pas l'attitude de retrait de la sphère de travail, elle peut au contraire stimuler l'invention de stratégies de carrières complexes tenant compte de façon diverse de celle du conjoint⁸¹.

II - La gestion quotidienne des entreprises ou l'enjeu d'un rapport

"Instrument de travail absolument indispensable pour mettre en oeuvre la politique de rattrapage"⁸², le rapport sur les situations comparées des hommes et des femmes constitue aux yeux du ministre Roudy: *"une pièce majeure de la loi, car comment favoriser l'égalité si les partenaires intéressés ignorent jusqu'aux réalités mêmes de l'entreprise?"*. Il s'agit de la base sur laquelle *"pourra s'engager une négociation dont l'objet sera de définir des mesures particulières de rattrapage pour les seules femmes"*⁸³. A la base de ce rapport le postulat est donc simple. Il s'agit, d'une part, de combler *"l'absence d'information, qui avait jusqu'alors prévalu, (et qui) était certainement un des facteurs essentiels de la difficulté de repérer les lieux et les moments où se déterminent les inégalités"*, et, d'autre part, grâce à *"sa périodicité annuelle (favoriser) un suivi à long terme, l'élaboration d'objectifs à atteindre, la détermination des étapes nécessaires pour y parvenir"*⁸⁴.

Le rôle du rapport sur les situations comparées des femmes et des hommes n'en sera pas moins un des éléments les plus controversés des débats. *"La mesure du social est toujours difficile à organiser (...). Entre le désir d'une information complète et le risque de l'ineffectivité, la construction juridique oscille entre la contrainte du cadre-type de recueil des données et la libre initiative du choix des informations utiles"*⁸⁵.

A - Les "coûts" et "profits" de l'égalité

Sous les dehors d'une opération d'ordre économique: l'évaluation des "coûts" quantitatifs (charges administratives)⁸⁶, et qualitatifs (toute une série

81 C. Dubar, op. cit., p.212.

82 Y. Roudy, JO/AN du 7 décembre 1982, p.8014.

83 JO/Sénat du 12 mai 1983, p.792.

84 C. Sutter, "L'égalité professionnelle dans les droits nouveaux", op. cit., p.690.

85 Annie Junter-Loiseau, "La division sexuelle des emplois à l'épreuve de la loi du 13 juillet 1983 relative à l'égalité professionnelle", Droit Social, n° 2, février 1987, p.151.

86 Il convient de replacer ce débat dans la polémique, qui, au début de 1983, éclata entre le gouvernement et le patronat quant à l'évaluation du surcroît des charges imposées aux entreprises par la politique menée par les pouvoirs publics depuis 1981. A la demande

d'effets présumés d'ordre "psychologique"), c'est tout un travail politique qui s'opère qui revient à convertir en arguments purement techniques des conceptions différentes de ce que devrait être une politique d'égalité professionnelle. En effet, dans cette "lutte" autour du rapport sur les situations comparées, tout peut être "coût" et "profit". Ce qui est coût selon les libéraux, peut être profit pour les radicaux, ou, pour le moins, comporter sa part de coût et sa part de profit.

Ainsi le Ministre Roudy se dit-elle *"convaincue que, loin de représenter une charge pour les entreprises - car certaines des informations existent déjà - l'information demandée chaque année, et la réflexion qui devra en découler, ne pourront que susciter une évolution positive dans les politiques du personnel des entreprises, et que l'effet qui en résultera ne pourra qu'être profitable aux entreprises elles-mêmes"*⁸⁷. Partant du postulat qu'*"il existe des gisements de productivité sous-employés"*⁸⁸, ce rapport pourrait être le moyen de combler les lacunes dans l'utilisation de la main d'oeuvre et de mettre fin à un *"gâchis humain énorme, dommageable pour tous et pour les femmes au premier chef, parce qu'en (les) confinant dans des métiers peu ou pas qualifiés, et donc mal rémunérés, nos entreprises ne disposent pas du personnel compétent pour faire face avec dynamisme aux défis que nous lance la nouvelle révolution technologique"*⁸⁹.

De leur côté, les libéraux considérant que *"ce nouveau rapport constituera un travail considérable pour le chef d'entreprise"*⁹⁰, *"ne serait-ce que sur le plan psychologique mais aussi dans la réalité de tous les jours"*, devaient conclure *"qu'il ne convenait pas d'accabler davantage les entreprises qui n'en peu-*

d'Yvon Gattaz, président du CNPF, Le premier ministre Pierre Mauroy, devait alors commander un rapport à un groupe de travail paritaire (formé de trois experts pour chacune des parties), afin d'évaluer la situation des entreprises. S'il était encore prématuré de chiffrer le coût des lois Auroux, l'administration affirmait que les gains de productivité résultant de l'amélioration du climat social ne manqueraient pas de compenser l'effet mécanique des réformes. De son côté, le CNPF soutenait que l'obligation de négocier au niveau de l'entreprise provoquerait une hausse de 1% sur l'évolution globale de la masse salariale, et que la subvention de fonctionnement accordée aux comités d'entreprise entraînerait non pas 608 millions, comme l'affirmait l'administration, mais 1,1 milliard de charges supplémentaires en 1983. Groupe de travail CNPF-administration, "Les charges des entreprises françaises", rapport au Premier ministre, mars-juin 1983, La Documentation Française.

87 JO/Sénat du 14 juin 1983, p.2461.

88 M-F Lecuir, JO/AN du 7 décembre 1982, p.8017.

89 Y. Roudy, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.791.

90 H. Missoffe, JO/AN du 7 décembre 1982, p.8013.

vent mais"⁹¹. L'opposition préférerait donc à "un rapport particulièrement nourri (...), contrainte excessive pour les entreprises, notamment pour les petites et moyennes qui sont les plus nombreuses"⁹², "une autre formule, celle d'un "état" spécifique, qui serait établi à partir des documents (déjà prévus par le dispositif Auroux)"⁹³. Bien que plaidant la nécessité de ne pas alourdir les charges des entreprises, les libéraux tenteront (sans succès) de s'opposer à l'article 18 de la loi prévoyant que les entreprises "peuvent bénéficier d'une aide financière de l'Etat lorsqu'elles constituent des actions exemplaires pour la réalisation de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes". Ils y voyaient une aide "choquante" pour "des entreprises qui ne feraient après tout qu'appliquer la loi"⁹⁴...

En réalité, ce "bilan comptable" des coûts et avantages relève d'un débat dont la signification et la genèse sont clairement politiques. Face à la crise, une des lignes directrices du gouvernement de gauche consistait alors dans la volonté affirmée de (ré)concilier l'économie et le social. Il s'agissait de ne plus considérer le second comme un frein, ou, au mieux, comme un "dividende" de l'essor du premier, mais de repositionner le social comme facteur de progrès économique⁹⁵. Dès lors, la frontière tracée comme si elle était immuable entre: coûts/profits ou contraintes/avantages, ne peut que figer

91 P. Louveau, JO/Sénat du 22 juin 1983, p. 1813.

92 Ibid., p.2067. Il s'agit là d'un argument "classique" visant à contenir toute politique en matière sociale. Ainsi, par exemple, l'article 118 A du Traité de Rome, dans son second alinéa, indique que les directives "évitent d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises".

93 P. Louveau, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.812. La loi du 28 octobre sur les institutions représentatives du personnel, prévoit, aux termes de L'article L.432-4 du code du travail, que le chef d'entreprise présente au moins une fois par an au comité un rapport d'ensemble écrit faisant notamment état de l'évolution de la rémunération moyenne horaire et mensuelle par sexe et par catégorie professionnelle telles qu'elles sont prévues par la convention de travail applicable. La loi du 13 novembre 1982 institue, quant à elle, un schéma procédural selon lequel les négociations annuelles au niveau de l'entreprise et de la branche, impliquent préalablement, pour la partie patronale, l'obligation d'information et de justification des situations respectives des hommes et des femmes (en matière d'emploi, de salaire, de qualification...), Articles L.132-12 et L.132-28 du code du travail.

94 G.Gantier, JO/AN du 7 décembre 1982, p.8018.

95 Cette orientation politique marque la première période de l'ère socialiste qui va de mai 1981 à la mi-1983. L'aggravation de la situation économique, et, au cours de l'été 1983, le lancement du plan de rigueur, marqueront un revirement de l'analyse gouvernementale des rapports entre l'économie et le social. Il en résultera une opération de réajustement, voire de subordination, du social à l'économique. voir J. Le Goff, chap.IV: "concilier le réalisme et l'utopie", op. cit., pp. 265-360.

libéraux et radicaux dans des positions irréconciliables⁹⁶, et les amener à produire des définitions antagonistes: "rapport"/"état". Il reste que ce langage technique, et relativement neutre, ne saurait masquer qu'il s'agit là, en réalité, de "coûts" et de "profits" ne se situant pas tant dans une sphère "économico-financière", mais se référant surtout à des concepts et raisonnements différents pour la mise en place d'une politique égalitaire.

B - Deux rôles pour un rapport: diagnostic ou "court-circuit"

Ainsi, au delà de la volonté d'épargner aux entreprises de nouvelles charges administrative et psychologique, il semble que la position des libéraux reflète surtout le souci de ne pas voir ce qui n'est qu'un moyen se transformer en une fin en soi. En effet, *"one of the most commonly expressed fears about goals and timetables is that, though conceptually different from quotas, they become quotas in practice"*⁹⁷. Pour les libéraux, recueil et analyse de données d'une part, et quotas d'autre part, semblent relever de la même interprétation - statistique - de la discrimination⁹⁸. Le problème est tout particulièrement sensible en matière d'embauche. En effet, si *"l'égalité est imposée en matière d'embauche (...), on peut se demander cependant comment (ce) droit pourrait conduire à une obligation de résultat, à moins d'imposer un quota aux entreprises, ce qui serait particulièrement grave"*⁹⁹...

⁹⁶ C'est, en effet, sans succès que la Commission mixte paritaire devait proposer "une rédaction de compromis". Celle-ci prévoyait que *"la notion de 'rapport' serait maintenue, mais, pour alléger la charge des entreprises et répondre ainsi au souci du Sénat, serait supprimée la référence à un contenu détaillé, alors que serait conservé l'aspect positif du document qui comporterait un bilan des mesures prises au cours de l'année écoulée et la définition d'objectifs pour l'année à venir"*. M-F Lecuir, JO/AN du 28 juin 1983, p.3252. N.B: composée de sénateurs et de députés, la Commission mixte paritaire est chargée de proposer un texte sur chaque disposition d'un projet de loi restant en discussion.

⁹⁷ C. McCrudden, op. cit., p.228.

⁹⁸ L'article 8 du projet de loi (art. L 432-3-1 du code du travail) prévoyait, en effet, que *"ce rapport comporte une analyse chiffrée permettant d'apprécier, pour chacune des catégories professionnelle de l'entreprise, la situation respective des femmes et des hommes en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de qualification, de classification, de conditions de travail et de rémunération effective". Ce rapport recense (...) la définition qualitative et quantitative des actions à mener (...)"*. La circulaire du 2 mai 1984 relative à l'application de la loi précisera que par "analyse", il faut entendre: *"un exposé des facteurs conduisant aux différences chiffrées constatées entre les femmes et les hommes. Cette analyse s'applique nécessairement aux domaines énumérés à l'article L.432-3-1"*, J.O. du 7 juin 1984, p.4995. L'opposition proposait, quant à elle, un *"état qui (...) permet d'établir la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise"*. Amendement n° 8 proposant de modifier l'article L.432-3-1, JO/Sénat du 22 juin 1983, p.1815. C'est moi qui souligne.

⁹⁹ P. Louveau, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.793.

Alors que le rapport vise à établir la sous-utilisation des femmes dans certains emplois, leur sous-représentation à certains niveaux de responsabilité... les libéraux craignent, en fait, que la lutte contre les pratiques discriminatoires ne se transforme en une politique instaurant ipso facto l'égalité de représentation des hommes et des femmes. Cette limite apparaît clairement lorsque le rapporteur de la Commission des affaires sociales du Sénat, opérant un étonnant renversement de perspective, devait préciser que: *"l'objet du présent projet de loi n'est pas, en effet, d'instituer une mixité totale des emplois et d'ouvrir aux hommes les emplois traditionnellement féminins, ce qui serait irréaliste ou pourrait être source de confusion"*¹⁰⁰(!).

Voyant dans l'expression "état", *"une notion de photographie tout à fait partielle de la situation dans l'entreprise"*¹⁰¹, risquant de se traduire par *"une énumération de faits (...), une feuille de papier sur laquelle quelques mots ont été notés"*¹⁰², le gouvernement refusera de revenir *"à quelque chose de vague"* qui *"sape le fondement du projet de loi"* et serait susceptible de lui faire perdre *"terriblement de son efficacité et de son intérêt"*¹⁰³. Il maintiendra donc ce qui est pour lui une des pièces maîtresse d'un schéma procédural en deux temps: consultation annuelle du comité d'entreprise sur le rapport, puis négociation éventuelle de mesures temporaires de rattrapage au profit des femmes.

Outil indispensable de diagnostic des discriminations et point de référence obligé pour évaluer l'impact des actions positives¹⁰⁴, pour les uns, ou moyen risquant de "court-circuiter" le processus d'égalité des chances pour agir directement sur les résultats (une représentation égale), selon les autres, voilà autant de fonctions différentes pour un "rapport sur les situations comparées entre hommes et femmes". Ces deux rôles potentiels attribués au rapport dans la politique d'égalité professionnelle agissent, en fait, comme les révélateurs de deux conceptions, libérale et radicale, du type d'Action Positive à mettre en oeuvre.

¹⁰⁰ Ibid., p.800. C'est moi qui souligne.

¹⁰¹ Marie-Claude Beaudeau, JO/Sénat du 29 juin 1983, p.2068.

¹⁰² Cécile Godet, Ibid., p.2070.

¹⁰³ Y. Roudy, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.812

¹⁰⁴ En plus d'une analyse chiffrée, de la définition qualitative et quantitative des actions à mener, le rapport doit également recenser l'ensemble des mesures prises au cours de l'année écoulée et exposer les motifs de l'inexécution d'actions qui auraient été prévues dans le rapport précédent ou demandées par le comité d'entreprise. Voir Circulaire du 2 mai 1984, déjà citée, p.4997.

Titre III

Action positive: l'interprétation duale d'un concept flou

Si toutes les parties au débat sont d'accord sur la nécessité du recours à des "mesures temporaires de rattrapage", les oppositions résident dans l'aspect que celles-ci pourraient prendre. Parce qu'elles visent à remédier aux discriminations passées et présentes, ainsi qu'à faire en sorte que celles-ci ne se reproduisent plus, les actions positives renvoient à une gamme étendue de domaines d'intervention: recrutement, promotion, licenciement, formation, organisation et conditions de travail... Mais ce sont surtout les modèles normatifs de l'égalité professionnelle dans lesquels les actions positives devraient s'inscrire qui prêtent à controverse.

Du point de vue libéral, *"l'égalité professionnelle au sein de l'entreprise est un problème général dont l'équilibre hommes-femmes n'est qu'un aspect"*¹⁰⁵. L'action positive se situe alors *"sur le plan de la théorie individuelle de l'égalité des personnes"*¹⁰⁶ et de l'utilitarisme économique. Elle a pour objet de compenser les inégalités dont est victime une catégorie de main d'oeuvre féminine identifiée comme disposant des compétences utiles à l'organisation. Nous sommes ici en présence d'une action positive **compensatrice** dont l'objectif est la valorisation du capital humain (I).

Les actions positives compensative et **programmatique** n'entrent pas directement en conflit en ce qu'elles servent le même (et large) objectif législatif: donner concrètement aux femmes les droits, qui, en pratique, sont largement réservés aux hommes. Cependant, il existe entre elles le fossé que l'on peut mesurer entre accorder un traitement spécial à des individus identifiés comme interchangeable avec les membres du groupe dominant, et appliquer ce même traitement à un groupe reconnu comme socio-légalement minorisé. Dans le second cas de figure, on se base sur la reconnaissance des différences substantielles qui existent entre les femmes et les hommes au regard

105 G. Gantier, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7987.

106 R. Haby, Ibid., p.7982.

de leur accès et évolution sur le marché du travail, tandis que dans la première hypothèse, ce sont les différences entre les femmes elles-mêmes (retrait/investissement) qui servent de fondement à un traitement préférentiel.

Il résulte du premier cas la nécessité de développer une politique visant l'égalité des résultats, prenant en compte les situations spécifiques des deux groupes et visant à changer la structure de l'organisation pour intégrer les différences. De l'autre hypothèse, il dérive une stratégie de compensation des écarts entre des individus issus de groupes différents mais ne présentant pas de différences majeures (une dotation équivalente en capital humain). Le consensus apparent autour de l'Action Positive est rompu. En effet, on assiste ici à un tournant dans la stratégie égalitaire que le concept sous-tend: instrument au service de l'égalité matérielle ou nouvel outil pour la gestion des ressources humaines? (II)

I - L'action Positive Compensatrice

L'approche libérale normative, renvoie, en première analyse, à l'élimination des lois et pratiques sociales qui traitent différemment les individus sur la base de leur sexe ou de leur situation de famille, pour une loi qui se voudrait être *"davantage un esprit répandu et communiqué que la source de procédures paralysantes dans un climat de suspicion"*^{107(A)}. Dans cette perspective, et dépassant une vision abstraite de l'égalité, l'accord des libéraux pour recourir à des actions positives afin de faciliter l'égalité de fait, apparaît alors comme le *"complément nécessaire pour atteindre l'égalité des droits"*^{108(B)}.

A - "Le temps et les circonstances"¹⁰⁹

*"Ce n'est donc pas l'absence de lois ou de textes législatifs qui est à incriminer. Les raisons des discriminations à l'égard des femmes dans le monde du travail sont à chercher à un niveau beaucoup plus profond, qui relève de traditions ancestrales et de motivations psychanalytiques (...)"*¹¹⁰. Ainsi, une fois tous les vestiges de la discrimination disparus, l'égalité des chances serait réali-

¹⁰⁷ P. Louveau, JO/ Sénat du 22 juin 1983, p.1810.

¹⁰⁸ P. Louveau, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.800. C'est moi qui souligne.

¹⁰⁹ Ibid., p.793.

¹¹⁰ H. Missoffe, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7992.

sée, et le libre choix et la compétition entre individus sur le marché du travail devraient permettre de parvenir à l'égalité professionnelle. Citant l'exemple de la discrimination salariale, un parlementaire notait que *"les mesures législatives votées par l'ancienne majorité¹¹¹ et les modifications de comportement des employeurs¹¹² (ont) déjà permis d'accomplir une bonne partie du chemin vers l'égalité des rémunérations. Tout n'est pas encore fait; je ne le nie pas. Mais sur ce point, à tout le moins, un nouveau dispositif légal était inutile; un peu de patience aurait suffi"¹¹³...*

Le modèle libéral semble donc refléter *"a conception of the progress of social change and development by which evolution is seen as a continuous, unidirectional, although variably paced progress towards the realization of an abso-*

111 En 1972, une Loi oblige les employeurs à assurer *"pour un même travail ou un travail de valeur égale"*, l'égalité de rémunération. Par rémunération on entend l'ensemble des éléments objectivement mesurables du salaire (avantages en espèce ou en nature, etc...). La loi vise encore à faire disparaître les causes de discrimination, en précisant que *"les différents éléments composant la rémunération doivent être établis selon des normes identiques pour les hommes et pour les femmes"*; *"les catégories et les critères de classification et de promotion professionnelles ainsi que toutes les autres bases de calcul de la rémunération, notamment les modes d'évaluation des emplois, doivent être communs aux travailleurs des deux sexes"*. Une garantie efficace est reconnue aux femmes: les dispositions conventionnelles ou celles prises unilatéralement par le chef d'entreprise sont *"nulles de plein droit"* quand elles contreviennent au principe d'égalité; à la rémunération entachée de nullité est *"substituée de plein droit"* la rémunération plus élevée de référence. Loi n° 72-1143 du 22 décembre 1972, JO du 24 décembre 1972. La loi Roudy vient renforcer ce dispositif à trois niveaux. (i) Tout d'abord par une définition du caractère comparable des travaux qui doivent requérir *"des salariés concernés un ensemble comparable de connaissances professionnelles"* (Art. L.140-2, al.3). (ii) Elle prévoit également une extension du principe d'égalité de rémunération aux différents établissements d'une même entreprise (Art. L.140-2, al.4). (iii) Enfin, en cas de litige, le législateur a organisé une inversion partielle de la charge de la preuve puisqu'il impose à l'employeur - et non plus au salarié - de produire la pleine justification de l'inégalité constatée. Le juge formera sa conviction au vu des éléments fournis par les deux parties; le doute profite au salarié (Art. L.140-8).

112 Cette loi a, sans nul doute, eu, peu à peu, raison des discriminations directes. On entend: ces discriminations qui consistent pour un travail de même qualification, de même durée, et donc de *"valeur égale"*, à délivrer à une femme un traitement délibérément inférieur à celui d'un homme. La peur - et le coût - des procès ont suffi à convaincre bon nombre d'employeurs à revoir leurs grilles salariales, de telle sorte, qu'aujourd'hui, la part de ces discriminations *"primaires"* dans le différentiel entre salaires versés aux travailleurs masculin et féminin s'est considérablement amoindrie. Cependant, le principe d'égalité de rémunération semble rester inappliqué: les salaires masculins sont encore supérieurs d'environ 35% à ceux des femmes, CERC, *"Les français et leurs revenus"*, Paris, 1990.

113 G. Gantier, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7987. Il en conclut que *"ce projet de loi fait donc double emploi avec des dispositions existantes. Pire: il en conserve les principes en ajoutant des formalités qui risquent (...) d'aller à l'encontre de l'objectif visé"*, p.8019.

lute, abstract ideal"¹¹⁴. En effet, considérant que "*ce n'est pas cette loi qui va changer les mentalités à la vitesse grand V*"¹¹⁵, il s'agit donc, pour les libéraux: d'une part, de "*soutenir une évolution positive et d'infléchir les comportements qui en freinent encore l'accomplissement*"¹¹⁶, et, d'autre part, "*d'accompagner et de favoriser les relations de travail, sans alourdir démesurément les charges des entreprises*"¹¹⁷.

B - Des actions positives pour dynamiser l'égalité de traitement

Dans cette perspective, "*les mesures de rattrapage ou plutôt d'adaptation*"¹¹⁸ viennent donc compléter un arsenal juridique de lutte contre les discriminations. Elles apparaissent comme le moyen susceptible d'assurer l'effectivité de la double interdiction qui est faite aux employeurs: interdiction de discriminer directement et indirectement selon le sexe ou la situation de famille. Leur adoption repose sur l'hypothèse qu'un tel résultat ne saurait être atteint à travers le modèle traditionnel du droit positif: "traitement égal / violation / sanction (amende, réparation pécuniaire...)". En fait, l'action positive compensatrice ne modifie pas tant la technique normative de l'égalité de traitement, qu'elle ne lui confère un caractère dynamique. Elle permet, en effet, d'en dynamiser le dispositif en ce qu'elle en simplifie la procédure: il n'est plus nécessaire de prouver l'existence de la volonté de discriminer, d'en identifier les coupables et les victimes pour la mettre en oeuvre. L'égalité de traitement repose sur l'identification d'un lien de causalité - subjectif - entre le comportement de l'employeur et son impact discriminatoire, avec à la difficile nécessité de faire la preuve d'une attitude délibérément hostile. La mise en oeuvre d'actions positives renvoie, quant à elle, à une fonction objective: la volonté de discriminer est superflue, ce qui importe c'est l'existence d'une situation défavorable aux femmes¹¹⁹.

Contrairement à une politique d'égalité des chances, l'utilisation d'actions positives implique la "catégorisation" de ceux qui en seront les bénéficiai-

¹¹⁴ Linda J. Krieger et Patricia N. Cooney, "The Miller-Wohl controversy: Equal treatment, Positive Action and the meaning of women's equality", *The Golden Gate University Law Review*, vol.13, n° 3, summer 1983, p.567.

¹¹⁵ H. Missoffe, *JO/AN* du 7 décembre 1982, p.7997.

¹¹⁶ P. Louveau, *JO/Sénat* du 22 juin 1983, p.1810.

¹¹⁷ Henri Le Breton, *JO/Sénat* du 12 mai 1983, p.818.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Voir Stefania Scarponi, "Le nozioni di discriminazione", in "Il diritto diseguale. La legge sulle Azioni Positive", op. cit., pp.43-79.

res¹²⁰. Cependant, l'action positive compensatrice n'en reste pas moins un droit individuel conféré aux femmes. En effet, dans la perspective libérale, qui ne connaît que l'abstraction du sujet de droit universel, les femmes ne sont pas traitées comme une catégorie socio-légale minorisée par l'effet de systèmes et de pratiques d'emploi, mais comme une catégorie de main d'oeuvre dans laquelle, certaines d'entre elles - identifiées comme "s'investissant" dans l'entreprise - se verront attribuer les moyens de valoriser leur "capital humain".

Les actions positives compensatrices s'inscrivent donc dans une logique d'alignement. Il s'agit de donner aux femmes les possibilités reconnues aux hommes et qu'elles même ne détenaient pas encore. En d'autres termes, *"on tente de résoudre l'état de désavantage et de disparité par le biais d'une "discrimination positive" (...) qui n'est pas destinée à éliminer les obstacles qui empêchent les femmes de poursuivre dans des conditions égales, certains résultats, mais qui vise à leur attribuer directement ces résultats: les obstacles ne sont pas éliminés, mais constituent la raison légitimant le traitement normatif différent sur la base du sexe"*¹²¹.

Alors que l'action positive compensatrice apparaît comme un outil complémentaire (plus moderne, plus sophistiqué, réputé plus efficace) dans un système juridique auquel on a déjà *"inoculé le virus de l'égalité"*¹²², mais dont les mécanismes d'application traditionnels s'étaient révélés inopérants, l'Action Positive programmatique constitue, quant à elle, l'instrument d'une politique égalitaire alternative. *"Le pas décisif est franchi lorsque l'effort de réflexion et d'analyse ne porte plus sur la reconnaissance d'un droit à l'égalité de traitement mais sur les moyens de changer les règles du jeu sur le marché du travail"*¹²³.

¹²⁰ Faye Crosby et Susan Clayton, "Affirmative action and the issue of expectancies", *Journal of Social Issues*, vol.46, n° 2, 1990. Elles soulignent que *"Equal opportunity policies prohibit the use of categories - such as racial categories - in evaluations; affirmative action policies require the use of categories"*, p.63.

¹²¹ *"si intende risolvere la condizione di svantaggio e di disparità con una "discriminazione positiva" (...) che non è diretta a rimuovere gli ostacoli che impediscono alle donne di perseguire in condizioni paritarie certi risultati, ma ad attribuire direttamente ad esse questi risultati: gli ostacoli non vengono rimossi, ma sono la causa legittimante il trattamento normativo differenziato in base al sesso"*, F. Borgogelli, op. cit., p.83. Traduit par nous.

¹²² E. Vogel-Polsky, "Les programmes d'action positive en faveur des femmes; analyse théorique", *Revue Internationale du Travail*, vol.124, n° 3, mai-juin 1985, p.270.

¹²³ *Ibid.*, p.271.

II - L'action Positive Programmatique

L'Action Positive n'apparaît plus, dans une perspective radicale, comme un acte individualisé, mais comme une procédure de changement, une stratégie de réforme des règles et pratiques de l'entreprise qui ont une incidence discriminatoire. Ne parle-t-on pas de *"plan d'égalité professionnelle"* dont l'objectif serait de *"privilégier le recrutement, la formation et la promotion des femmes, ainsi qu'à modifier l'organisation et les conditions de travail (...)"*¹²⁴? Il s'agit alors de lever *"le voile de neutralité"* jeté sur l'entreprise, de combattre les mécanismes générateurs d'inégalités, et de résorber cet *"écart entre une organisation fondée sur des principes apparemment neutres et une réalité marquée par le traitement différentiel des sexes, la ségrégation des emplois et le maintien d'une hiérarchie entre emplois masculins et emplois féminins"*¹²⁵.

Les actions positives compensatrices maintiennent une division neutre du travail en assimilant les différences de positions entre hommes et femmes à des inégalités de fait qu'il convient d'éradiquer, ou à des désavantages (économiques, sociaux, culturels) à rééquilibrer. Les actions positives programmatiques, quant à elles, intègrent ces différences en ce qu'elles sont l'expression des diversités entre hommes et femmes qu'il ne s'agit pas d'éliminer, mais, au contraire, de valoriser dans une organisation de travail restructurée. Alors que les actions positives compensatrices se réfèrent donc clairement au prototype du travailleur masculin, qu'il s'agirait pour les femmes de "rattraper", les actions positives programmatiques, quant à elles, réfutent cette "homologation" et visent à la coexistence des différences au sein d'une structure paritaire.

La promotion des actions positives programmatiques ne peut, dès lors, reposer que sur *"le couple persuasion-dissuasion assorti évidemment des techniques de recherche d'un consensus social indispensable"*; elle *"nécessite une combinaison d'acteurs, de forces, de contraintes et d'incitations"*¹²⁶. C'est l'élaboration de cette structure politico-juridique qui va donner lieu à une

¹²⁴ Projet de loi portant modification du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, Exposé des motifs, p.4. C'est moi qui souligne.

¹²⁵ Jacqueline Laufer, "Egalité professionnelle, principes et pratiques", Droit Social, n° 12, décembre 1984, p.742.

¹²⁶ E. Vogel-Polsky, op. cit., p.271.

bataille entre les deux parties quant à la définition de l'aire d'autonomie laissée aux partenaires sociaux (A), d'une part, et l'analogie libérale entre "objectifs chiffrés" et "quotas" (B), d'autre part. L'issue des débats entre libéraux et radicaux se traduira par le glissement, au niveau de l'élaboration du processus normatif, d'un mécanisme radical qui se voulait programmatique à une logique libérale irrésistiblement compensatoire.

A- Des acteurs et des forces: le rôle des partenaires sociaux

La mise en oeuvre d'actions positives programmatiques implique *"la multiplicité des acteurs potentiels et leurs liens à des structures différentes, mais, surtout, leurs rapports réciproques, qui non seulement ne sont pas conflictuels, mais déterminent une sorte de circularité et d'interdépendance entre des milieux divers"*¹²⁷. Or, il ne saurait y avoir de rationalité collective unique dans un environnement socio-économique pluriel où les intérêts en présence sont divers et peuvent même se révéler contradictoires. Les libéraux vont alors adopter une stratégie tendant *"à éviter un interventionnisme excessif"* du pouvoir réglementaire, pour *"laisser faire entre eux les partenaires sociaux de l'entreprise"*¹²⁸...

Pour les libéraux, *"c'est aux partenaires sociaux eux-mêmes, et non pas au pouvoir réglementaire, qu'il appartiendra, dans les entreprises ou à l'échelon professionnel ou interprofessionnel intéressé (...) de prendre les mesures appropriées en vue de contribuer à l'égalisation des chances en matière professionnelle entre les salariés des deux sexes"*¹²⁹. Une "bonne loi" consisterait donc, de leur point de vue, à conférer aux exécutants une grande flexibilité pour l'appliquer. Or, *"plus l'autonomie des partenaires sociaux est grande et plus se rétrécit le domaine d'intervention de l'Etat dans la détermination des conditions de travail stricto sensu"*¹³⁰. Plus le champ est ouvert aux interventions des divers acteurs (directeurs d'entreprises, syndicats, travailleurs mas-

¹²⁷ *"la molteplicità dei possibili attori e la loro afferenza a strutture diverse, ma soprattutto il loro rapporto reciproco, che non solo non è conflittuale, ma determina una sorta di circolarità, e di interdipendenza tra ambiti diversi"*, F. Borgogelli, op. cit., p.92. Traduit par nous.

¹²⁸ P. Louveau, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.800-801.

¹²⁹ G. Gantier, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7998. *"On se demande pourquoi, précise-t'il, des dispositions réglementaires, par essence générales, ne se heurteraient pas à des difficultés d'application et ne rendraient pas la gestion de certaines activités ou de certaines entreprises beaucoup plus difficiles"*.

¹³⁰ E. Vogel-Polsky, op. cit., p.275.

culins) et plus les risques sont grands de les voir infléchir l'application de la loi en faveur de leur propre point de vue...

Alors, *"finalement c'est la volonté gouvernementale et ce seront les femmes, les syndicats, qui devront relancer la dynamique et s'investir pleinement dans l'utilisation (du) dispositif législatif (...)"*¹³¹. En effet, la loi en raison de son caractère trop général ne saurait constituer, en elle-même, le véritable moyen de sa mise en oeuvre. Elle renvoie donc au pouvoir réglementaire et à la négociation collective (par voie de conventions ou d'accords collectifs étendus ou encore d'accord d'entreprise), le soin de définir le contenu des actions positives¹³². Cela correspond alors à l'analyse du gouvernement lui-même quant à ses rapports avec la société marqués par un désengagement progressif de l'Etat, dont le rôle d'*"incitateur et animateur doit prendre le relais de l'Etat tuteur"*¹³³.

Or, en l'absence de toute obligation de négocier sur les questions relatives à l'égalité professionnelle¹³⁴, ainsi que de sanction en cas de non remise du rapport sur les situations comparées, la *"physionomie du texte condamnait (les pouvoirs publics) à emprunter la voie du volontarisme pour qu'il devienne autre chose qu'un ensemble normatif de type proclamatoire, que de surcroît il se défendait d'être!"*¹³⁵ Si la politique poursuivie est claire: laisser aux parte-

131 Y. Roudy, "Egalité professionnelle: que dit la loi?", *Après-demain*, n° 316-317, juillet-septembre 1989, p.5.

132 En ce qui concerne les domaines dans lesquels les "mesures temporaires de rattrapage" peuvent intervenir, si la loi propose - à titre indicatif - les domaines de "l'embauche, la formation, la promotion, l'organisation et les conditions de travail" (Article L.123-3), la Circulaire d'application du 2 mai 1984 précise que *"la loi n'impose pas de contenu ou de modèle pour le choix des domaines dans lesquels ces mesures peuvent intervenir"*.

133 J. Le Goff montre que cette option s'incarne de manière exemplaire dans les lois Auroux, dont le rôle, selon le ministre du travail lui-même, est de *"fixer les règles du jeu, d'inciter, conseiller et animer les relations sociales"*. Voir le chap.IV, en particulier la section I - Retour à la primauté du social, op. cit., pp.269-305. De même, il est précisé dans l'exposé des motifs du projet de loi relative à l'égalité professionnelle que *"(le gouvernement) veut procurer aux partenaires sociaux et aux femmes elles-mêmes les moyens leur permettant d'agir pour réaliser l'égalité des chances entre les sexes (...)"*, p.2.

134 La négociation des plans d'égalité professionnelle n'est pas régie par des règles spécifiques. Elle s'inscrit dans le schéma défini par la loi du 13 novembre 1982 sur la négociation collective. Au terme de ces dispositions, les négociateurs sont, du côté salarial, les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. La négociation - éventuelle - des plans s'articule alors à l'obligation annuelle de négocier en matière de salaire, de durée et d'aménagement du temps de travail prévue à l'article L.123-37 du code du travail.

135 A. Junter-Loiseau, "L'égalité professionnelle hors la loi", *Travail*, n° 22, printemps 1991, p.51. Y. Roudy soulignait elle-même que: *"Sans moyens les lois restent lettre morte. (...) il faut que le droit puisse rejoindre les faits. La seule façon d'y parvenir, c'est de se doter*

naires économiques et sociaux le choix des moyens concrets pour réaliser l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, elle est, par conséquent, opérationnellement vague. Tout se passe comme si les mesures pertinentes pour promouvoir la participation des femmes au sein de l'entreprise étaient décentralisées vers les metteurs en oeuvre. Si cela correspond à la perspective renouvelée de la problématique égalitaire faisant de l'entreprise, institution sociale, le cadre adapté à l'analyse des discriminations indirectes et le lieu privilégié de définition des mesures destinées à les corriger, on peut également se demander jusqu'à quel point le décideur ne se défausse pas sur l'exécutant du travail politique proprement dit...

Nous sommes donc dans une situation où, *"d'une part, la loi ne peut aller sans la négociation collective et la négociation collective sans la participation plus active des femmes à l'action syndicale: les syndicats doivent en prendre conscience et les femmes mieux s'affirmer en leur sein"*¹³⁶. Or, on peut se demander si les organisations syndicales, pour qui la valeur "égalité professionnelle" n'a jamais été une priorité revendicative, sont véritablement en mesure de jouer le rôle moteur qui leur est attribué par l'intermédiaire de la négociation...

*"Lorsque les syndicats luttent pour les salaires ou contre les conditions de travail, ils ont des interlocuteurs désignés (le patronat et/ou le gouvernement) contre lesquels on se bat et avec lesquels on négocie le cas échéant"*¹³⁷. Dès lors que les plans d'égalité professionnelle remettent en cause les structures génératrices d'inégalités dans l'entreprise, ils renvoient au statut inférieurisé de la femme dans toutes ses implications. *"De ce point de vue, la prise en compte par le syndicalisme des revendications et des attentes des travailleuses a des effets bien particuliers. Il n'est pas possible, en effet, d'agir pour transformer les situations de travail des femmes et progresser vers l'égalité professionnelle sans être aussi amené à prendre en compte des questions relatives à la place des femmes et des hommes dans la société, dans chacune des structures de la so-*

d'instruments particuliers", JO/AN du 7 décembre 1982, p.7998. Ce volontarisme se traduira par l'engagement de certaines entreprises publiques et sociétés nationales, "laboratoires d'expérimentation sociale", dans la mise en oeuvre de programmes d'actions positives. Si elles trouvaient là un moyen de renforcer leur légitimité d'entreprises en pointe en matière sociale, cet engagement reflétait surtout la volonté du gouvernement d'assurer une mise en oeuvre à la fois visible et rapide de la loi. Ce qui n'est pas nécessairement suivi par une action à efficacité durable...

¹³⁶ Colette Chaigneau, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7989.

¹³⁷ M. Maruani, "Les syndicats à l'épreuve du féminisme", Syros, Paris, 1979, p.65.

ciété"¹³⁸. Mais alors, "qui est "l'ennemi"? C'est certes le patronat et le gouvernement, mais se sont aussi les rôles sociaux attribués à l'homme et à la femme, les stéréotypes, les mentalités, l'idéologie dominante. Enfin, quel est l'interlocuteur? Les syndicats, les hommes, les femmes, les travailleurs, les travailleuses, leurs famille, les mass-médias, le gouvernement, le parlement, le patronat? Tous et personne..."¹³⁹.

Ainsi, l'analyse de ce qu'ont produit les divers metteurs en oeuvre de la "Loi Roudy" fait apparaître que *"les partenaires sociaux ne se sentent ni la responsabilité, ni la capacité d'agir et n'imaginent guère d'action autre qu'une compensation de ce qu'ils ont définis comme la faute originelle à savoir la formation inadaptée des femmes"*¹⁴⁰. Les plans d'égalité professionnelle ne sont perçus dans les entreprises signataires que comme un moyen de corriger des déséquilibres entre hommes et femmes, qui ne seraient pas produits en leur sein, mais générés par le système éducatif. *"Les femmes sont victimes de leur qualification initiale insuffisante ou inadaptée, les autres inégalités résultent de cette distorsion de départ"*¹⁴¹. Ainsi, les plans d'égalité professionnelle ont-ils essentiellement consisté en *"une série de dispositif de formation dont les objectifs affichés par les entreprises peuvent varier de la qualification des femmes à leur adaptation aux modifications que connaît ou va connaître l'entreprise, en passant par leur développement personnel à des fins d'occupation éventuelle de postes ou fonctions de responsabilité"*¹⁴².

Nous sommes alors clairement en présence d'un rejet de la responsabilité sur la société en général et d'une absence de prise de conscience, tant de la part des syndicats que des directions, de la nature discriminatoire des processus qui, dans les entreprises, organisent l'accès des femmes à des emplois déqualifiés et statuts inférieurs à ceux des hommes. L'externalisation du problème, par le recours à la formation professionnelle (instrument de sélection des

138 *"Ces questions ne sont pas seulement relatives aux différences de traitement des hommes et des femmes dans des systèmes déterminant leurs chances d'insertion professionnelle: système éducatif, formation professionnelle, formation permanente etc... Elles sont en même temps relatives aux éléments de la vie personnelle des adhérents et des militants"*. Hugues Blassel et Claire Sutter, "Quelques réflexions sur une absence: la part des femmes dans le syndicalisme", Droit Social, n° 1, janvier 1984, p.28.

139 M. Maruani, op. cit., p.65.

140 A. Junter-Loiseau (et al.), "Les plans d'égalité professionnelle, Etude-bilan 1983-1988", La documentation française, Paris, 1989, p.64.

141 Ibidem.

142 A. Junter-Loiseau, "L'égalité professionnelle hors la loi", op. cit, p.52.

compétences s'il en est) traduit donc le refus d'engager un débat interne sur l'organisation sexuée du travail¹⁴³.

B- Des contraintes et des incitations: l'objection "quotas"

*"Forcer la proportion pour rattraper le retard", c'est de cette manière, pour le moins vague, que le ministre Roudy justifie l'utilisation d'objectifs chiffrés. "Dans les plans d'égalité qui seront discutés à l'intérieur des entreprises, on pourra décider si, par exemple, il n'y a pas une seule femme parmi les ingénieurs, d'atteindre un certain pourcentage dans cinq ans ou encore d'organiser un stage interne de promotion auquel on favorisera l'inscription des femmes"*¹⁴⁴. Le principal problème résultant de la définition d'objectifs chiffrés d'une manière à ce point flexible, réside dans l'impossibilité de prévoir comment cela fonctionnera en pratique: moyens de contrôle et d'évaluation du plan d'égalité professionnelle ou quotas?

En affirmant d'une part, *"qu'il s'agit de mesures temporaires de rattrapage, que l'on ne veut pas institutionnaliser, que l'on décide pendant un certain temps par la négociation, par la discussion"*¹⁴⁵, mais précisant, d'autre part, que *"le fait d'utiliser l'adjectif "temporaire" n'exclut pas (...) que cela durera tant que les inégalités dureront"*¹⁴⁶, le ministre Roudy ne parvient guère à dissiper l'ambiguïté qui entoure la nécessaire analyse statistique de la composition de la force de travail. Dès lors, pour les libéraux, les distinctions entre les objectifs chiffrés du rapport et les quotas *"sont largement artificielles*.

¹⁴³ Nous avons déjà écrit que la formation des femmes est perçue, ou, pour le moins, présentée, comme le facteur privilégié du changement vers plus d'égalité. Mais face à l'appropriation masculine de la technologie, n'est-on pas, en réalité, en présence d'une construction sociale du féminin comme incompetent techniquement? (notre évaluation portait principalement sur une population ouvrière). Dès lors, "le besoin des femmes en formation" jouerait comme un masque évitant aux entreprises de remettre en cause l'ensemble des obstacles auxquels se heurtent les femmes et qui les empêchent d'accéder aux emplois qualifiés, c'est à dire aux emplois intégrant une certaine technicité. Un jeu de masque qui trouve sa place dans une vision de l'ordre social où les règles traditionnelles d'affectation, d'évaluation et de promotion des femmes et des hommes seraient régies par les mêmes critères. Des critères neutres et universels qui recouvrent en réalité une discrimination indirecte: le sexe détermine l'emploi auquel on peut avoir accès, et l'emploi détermine, quant à lui, la valeur accordée à sa qualification. "Action Positive et formation professionnelle des femmes: stratégie égalitaire et accès à la visibilité", op. cit., pp.69-70.

¹⁴⁴ *"On pourra aussi, compte tenu du fait que les femmes n'occupent que 28% des places de stages internes de formation dans les entreprises alors qu'elles représentent 40% des travailleurs, et que ces stages, qui devraient permettre une remise à niveau, profitent en réalité à ceux qui sont le plus formés, décider que pendant un temps, 45 ou 50% des places leur seront réservées".* JO/AN du 7 décembre 1982, p.8004.

¹⁴⁵ JO/AN du 7 décembre 1982, p.8004.

¹⁴⁶ JO/Sénat du 12 mai 1983, p.803.

L'objectif numérique permet de pratiquer une politique plus souple que le quota, mais dès lors que (l'on) impose un respect absolu des normes chiffrées, l'objectif ne peut en pratique être atteint que grâce à des proportions rigides d'admission (donc des quotas)"¹⁴⁷.

Cette incertitude¹⁴⁸ - et la crainte qu'elle engendre - se sont déjà incarnées, on l'a vu, dans la terminologie même du texte de loi ainsi que dans le débat auquel a donné lieu le "rapport sur les situations comparées des hommes et des femmes". Parce que la fonction de ce dernier consiste à identifier les lacunes dans l'utilisation des travailleuses, à fixer des objectifs et établir des échéanciers, il en découlerait une pratique "programmatische" de l'action positive, présentée comme provisoire mais dont la logique conduirait, en fait, selon les libéraux, à des contingentements durables.

En effet, pour ces derniers, en posant *"le principe d'un équilibre strict entre les deux catégories; on prétend atteindre un état idéal où hommes et femmes seraient également répartis dans toutes les fonctions sociales, avec des avantages rigoureusement identiques"*. A cette fin, *"l'institution de mesures de discrimination volontaire"* apparaît, à leurs yeux, comme une *"contradiction (...)"* illustrée par la toute récente loi sur le scrutin municipal dont une disposition incongrue de quota a été disjointe par le Conseil constitutionnel"¹⁴⁹...

¹⁴⁷ Ph. Bénétou, op. cit., p.28.

¹⁴⁸ Une incertitude qui pouvait également résulter de la position favorable de la Cour de Justice des Communautés au développement des actions positives. Si, à la différence de la Cour Suprême des Etats-Unis, celle-ci n'a encore jamais exigé la mise en oeuvre d'actions positives, qu'elle laisse à la volonté des parties, on ne peut présager de l'évolution de sa jurisprudence. En 1989, dans l'affaire Delauche, l'avocat général Darmon précisait que *"tant au niveau international qu'au niveau national, on ressent aussi le besoin pressant de trouver le moyen pour permettre à un nombre croissant de femmes d'accéder à des fonctions qui, dans l'ensemble et en pratique, ont été jusqu'à présent largement réservées aux hommes"* (§12). Il précisait alors que le législateur *"pourrait songer"* à des techniques *"d'objectifs chiffrés prévoyant une progression annuelle déterminée dans les grades où les femmes sont sous-représentées"*, ou encore à *"un système de quotas pour le recrutement et la promotion"* (§15). C.J.C.E. 16/12/1987, E. Delauche c. Commission des Communautés européennes, aff 111/86, rec.1987, p.5345.

¹⁴⁹ G. Gantier, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7986. C'est moi qui souligne. Au moment de l'affaire dite "des quotas", il déclarait déjà: *"On voudrait imposer un quart de femmes sur les listes municipales. Mais va-t-on ainsi multiplier les quotas dans la fonction, dans le temps, dans l'espace? (...). Absurde et dangereuse, l'organisation de la vie publique par le système des quotas est aussi irrévérencieuse. En l'occurrence, elle assimile les femmes à des catégories 'protégées' au même titre que les mutilés de guerre ou les handicapés à qui l'on accorde des emplois 'réservés'"*, in Le Monde du 20.8.1982.

Les libéraux opposeront donc à ce qu'ils perçoivent comme une "dérive" programmatique des actions positives, une triple objection: textuelle (une interprétation "constitutionnelle"), de principe (une rupture de l'égalité) et, enfin, pratique (une négation de la méritocratie).

1 - L'interprétation. *"Certaines des dispositions (de l'article 8) introduisent des quotas, forme la plus haïssable que, dans une démocratie, puisse revêtir la contrainte étatique. A ce propos, je veux évoquer, une fois encore, le quota prévu par les féministes pour les conseils municipaux, et rappeler que cette disposition a, à très juste titre, été déclarée inconstitutionnelle, car la souveraineté populaire ne doit pas se diviser"*¹⁵⁰.

La stratégie des parlementaires libéraux pour dénoncer "la contrainte" que constituent, de leur point de vue, des actions positives dont l'objectif serait de modifier les règles du marché du travail dans le sens de la mixité, a, ainsi, consistée dans l'utilisation d'une analogie constitutionnelle. Ils dénoncent toute tentation téléologique dans la définition des actions positives et se réfèrent à l'interprétation littérale du Conseil constitutionnel¹⁵¹. Il s'agissait de restreindre le champ normatif des "mesures temporaires de rattrapage", en faisant planer sur elles l'éventualité d'une nouvelle invalidation par les juges, en procédant par l'assimilation "objectif de mixité"/"quotas par sexes".

2 - Les principes. Comme lors du débat sur la loi électorale municipale, les libéraux utiliseront la rhétorique de la discrimination à rebours. Suivant la même logique par laquelle ils dénonçaient un quota de 25% de personnes d'un même sexe sur une liste électorale, ils soulignent, par exemple, qu'*"il est facile de décréter par simple circulaire que les lycées professionnels industriels de-*

¹⁵⁰ Ibid., p.8019. L'article 8 du projet de loi prévoit l'obligation du rapport sur les situations comparées, ainsi que la possibilité de mettre en oeuvre un plan d'égalité professionnelle qui *"consiste en des mesures temporaires relatives au travail des femmes"*.

¹⁵¹ Le Conseil fondait son invalidation de la disposition de la loi électorale prévoyant des quotas, sur deux textes du "bloc de constitutionnalité". Il s'agit de l'article 3 de la Constitution de 1958 relatif à l'exercice de la souveraineté et au droit de suffrage, et, surtout, de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1798 qui énonce que *"tous les citoyens étant égaux"* devant la loi, ils *"sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre que celles de leur vertu et de leurs talents"*. De ceci il résulte que la mise en oeuvre de quotas - fondés sur le sexe - pour l'accès à des fonctions électives, revient à introduire une distinction autre que celle des vertus et des talents, et donc à violer *"ces principes de valeur constitutionnelle (qui) s'opposent à toute division par catégorie des électeurs ou des éligibles"*. Voir pour une analyse critique Danièle Loschak, "Les hommes politiques, les "sages" (?) ... et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982), Droit Social, n° 2, février 1983.

vront désormais recruter leurs élèves sans discrimination de sexe (...). Mais le nombre de places y est limité. Une place occupée par une jeune fille est interdite à un jeune homme"¹⁵².

Les libéraux empruntent ici clairement leurs arguments au schéma de l'égalité formelle, en totale contradiction avec l'égalité matérielle: *"il ne faut pas diviser la population par branche professionnelle ou par sexe. L'égalité et la démocratie doivent régner. Mais c'est une tout autre question"*¹⁵³. Or, comme le souligne Danièle Loschak à propos de "l'affaire des quotas", *"il s'agit là d'un raisonnement glissant, puisqu'il consiste à tirer argument d'une inégalité de fait pour contester une mesure qui vise précisément à la corriger, et puisqu'il revient à reconnaître que l'égalité formelle actuellement en vigueur ne profite qu'aux hommes"*¹⁵⁴.

3 - La pratique. Les libéraux font prévaloir une vision de la société dans laquelle les inégalités seraient justifiées par le principe méritocratique. Dans cette perspective, l'utilisation de quotas au service des actions positives, aboutirait, selon eux, à ne plus percevoir les individus, leurs talents et efforts personnels qu'à travers des statistiques. Dès lors, *"le souci de l'égalité professionnelle, appliqué à ces statistiques, devrait aboutir à transférer au groupe féminin plusieurs millions d'emplois et à les retirer par la même occasion au groupe masculin"*¹⁵⁵.

Cette objection s'inscrit, plus largement, dans une argumentation globalisante selon laquelle *"le vrai problème est, en effet, celui du chômage, le fait de savoir s'il est féminin ou masculin étant accessoire. A quoi servirait-il, en effet, qu'il y ait parmi les chômeurs 60% d'hommes et 40% de femmes et non l'inverse? Cela n'a pas de sens!"*¹⁵⁶. Les libéraux s'opposent donc aux actions positives comme méthode de "réajustement" dont l'effet, s'il *"may increase equality between previously excluded groups and the economically dominant,*

¹⁵² R. Haby, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7983. Dans ses "110 propositions", le candidat à la Présidence de la République, François Mitterrand, affirmait que *"l'égalité des chances devant l'emploi sera garantie par une réelle mixité de toutes les filières de formation professionnelle (quota minimum)"*, (proposition 64).

¹⁵³ G. Gantier, JO/AN du 7 décembre 1982, p.8019.

¹⁵⁴ op. cit., p.135.

¹⁵⁵ R. Haby, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7982.

¹⁵⁶ H. Missoffe, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7993.

*they do so at the expense of innocent third parties (les jeunes*¹⁵⁷*), particularly at times of high unemployment"*¹⁵⁸, et entre en contradiction avec une action positive qu'ils souhaitent inscrire dans une éthique de stricte compensation.

157 *"Le gouvernement devrait, en bonne logique, faire pour les femmes adultes le même effort d'incitation à l'embauche préférentielle qu'il fait actuellement pour les jeunes. Mais je comprends qu'il hésite devant l'augmentation concomitante du nombre des hommes adultes au chômage de cinquante-cinq ans prématurément interdits d'activité salariée", R. Haby, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7982.*

158 *C. McCrudden, op. cit., p.240. A cet égard, R. Haby poursuit en précisant que l'"on peut raisonnablement se demander si la période actuelle est bien favorable à l'accélération d'une évolution naturelle dans ces domaines, alors que le gouvernement se révèle en très grande difficulté pour susciter la création d'emplois dans le secteur secondaire", Ibidem.*

Titre IV

Entre actions positives et législations protectrices: Un "No Man's Land"

Le débat qui a entouré le maintien dans la loi des dispositions particulières au travail des femmes sous la forme d'une dérogation au principe de non discrimination, a été marqué par l'utilisation du concept d'action positive de manière confuse et contradictoire. En effet, la dérogation est, on le sait, placée sous le signe de l'exception, et se trouve donc en opposition à un modèle qui serait susceptible de promouvoir - sans distinction - toute mesure spéciale ou spécifique réservée aux femmes. Entretenant la plus grande confusion, les parlementaires communistes et libéraux, usant de stratégies différentes (le rythme de l'égalité / la différence des sexes), n'auront pourtant de cesse de présenter les mesures protectionnistes comme cohérentes ou logiquement déductibles de "mesures ... de rattrapage".

"Il ne faudrait pas restreindre la portée des mesures proposées en les qualifiant de "temporaires". En effet, en qualifiant de temporaires les mesures prises au seul bénéfice des femmes, on court le risque de leur enlever toute substance"¹⁵⁹. "L'égalité dans le travail et la vie professionnelle entre les femmes et les hommes passe aussi par des mesures concrètes, spécifiques et durables concernant les seules femmes"¹⁶⁰. "En outre, alors que l'article L.123-3 du code du travail semble autoriser de telles mesures, l'article 1er bis prévoit des dispositions différentes. Nous relevons donc une contradic-

¹⁵⁹ M-C. Beaudeau, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.803. Elle poursuit: "Ces mesures résultant de dispositions réglementaires, de conventions ou d'accords collectifs, elles ont, par définition même, un caractère temporaire puisqu'elles peuvent être supprimées quasiment du jour au lendemain. En les qualifiant explicitement de "temporaires", on leur donne un caractère tellement exceptionnel - c'est alors, dirais-je, "du temporaire dans le temporaire" - que l'on risque d'en empêcher la réalisation. (...) on ne peut imposer arbitrairement un rythme à l'évolution (vers une égalité complète) et empêcher les femmes salariées d'obtenir des mesures de rattrapage suffisamment stables pour ne pas être remises en cause, sous tel ou tel prétexte fallacieux, par l'employeur".

¹⁶⁰ Muguette Jacquaint, JO/AN du 14 juin 1983, p.2462.

tion"¹⁶¹... Ainsi, la stratégie du parti communiste, consiste elle, très clairement, à trouver dans le concept d'action positive lui-même, la légitimation du maintien et le support légal à l'instauration de nouvelles clauses protectrices "en faveur" des femmes.

La complémentarité, pour le parti communiste, ou la contradiction, selon le gouvernement, entre législation particulière et principe d'égalité professionnelle, renvoient, en réalité, à deux paradigmes différents du changement social qui situent de manière opposée la nature de la protection des femmes: "émancipatrice" ou "dévalorisante"¹⁶², et ses effets: "dynamiser l'avancée sociale"¹⁶³ ou "retarder dans le temps l'égalité réelle"¹⁶⁴.

Ainsi, le processus du changement social est-il perçu par les **parlementaires communistes** de façon abstraite, déconnectée du rapport actuel des femmes au travail, idéalisée dans un environnement économique, social et politique figé. Fondée sur le fait qu'*"on ne peut oublier des siècles d'inégalité et espérer du jour au lendemain établir l'égalité"*¹⁶⁵, la protection des femmes - "fruit de la lutte des travailleuses et des travailleurs" - porte ici une vision émancipatrice des rapports sociaux. *"Historiquement, ni les femmes ni le mouvement ouvrier et démocratique n'ont admis cette situation. Les luttes pour l'égalité face au travail se sont développées en deux directions: en agissant pour des mesures de caractère général (2) et en réservant des mesures de caractère spécifique aux femmes (1)"*¹⁶⁶.

1 - Des mesures de caractère spécifique. En fait, au delà d'une vocation purement humanitaire et loin d'un souci égalitaire, les législations protectrices, consisteront à interdire ou à fixer des conditions strictes d'emploi aux femmes, afin, sans mettre en péril l'économie, de préserver en chacune d'elle, la mère

¹⁶¹ M-C. Beaudéau, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.808. L'article L.123-3 du code du travail est celui qui autorise l'intervention de "*mesures temporaires de rattrapage au seul bénéfice des femmes*". L'article 1er bis visait, quant à lui, à modifier l'article L.133-5 relatif aux dispositions particulières, en en limitant l'application, conformément à la Directive communautaire, aux seuls cas de grossesse et d'allaitement (après l'expression "*des femmes*", sont désormais insérés les mots "*enceintes ou allaitant*"). Les membres du groupe communiste proposaient de supprimer cet article 1er bis. NB: la Directive 76/207/CEE, Article 2 (§ 3), stipule que "*la présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité*".

¹⁶² Y. Roudy, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7981.

¹⁶³ M-C Beaudéau, JO/sénat du 12 mai 1983, p.802.

¹⁶⁴ Ghislaine Toutain, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7997.

¹⁶⁵ M. Jacquaint, JO/AN du 14 juin 1983, p.2462.

¹⁶⁶ M-C Beaudéau, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.796.

et l'épouse. Elles répondaient alors aux préoccupations: des *syndicats* soucieux d'interdire aux femmes l'accès au marché du travail afin de limiter la concurrence; du *patronat* nécessitant à la fois les productions marchande et non marchande (reproduction de la force de travail de l'homme) de la femme; de *l'Etat* enfin, qui craignait que le travail salarié des femmes ne vienne remettre en cause leur fonction de gardienne des liens familiaux, quand les manufactures marquent l'abandon progressif d'une économie rurale, qui, à la différence de l'économie pré-industrielle, reposait sur la cellule familiale.

La stratégie communiste relève, en réalité, moins d'une appréciation du rythme de l'égalité, que d'un **décalage dans le temps**. Décalage parce que la nouvelle loi n'est pas perçue comme différente de celles adoptées un siècle auparavant, "comme elles", elle confère des avantages aux seules femmes. Décalage encore, en ce que l'impact des législations protectrices n'est pas questionné par rapport à la situation actuelle, mais dans le contexte même qui prévalait au moment de leur adoption quand elles étaient porteuses de progrès social. Pour les femmes tout d'abord (même si elles ont, en fait, été peu nombreuses à en bénéficier puisque des dérogations étaient alors facilement accordées, y compris dans les secteurs où elles étaient employées en grand nombre: conserverie, textile, lait, habillement...) en ce qu'elles les mettaient à l'abri de conditions de travail particulièrement cruelles. Pour l'ensemble des travailleurs, enfin, puisqu'elles serviront, dans tous les pays d'Europe, de plate-forme à la construction du droit du travail.

2 - Des mesures de caractère général. Parce que "*prétendre que les femmes seraient trop protégées ne correspond en rien à la réalité*"¹⁶⁷, c'est en s'assurant que "*la porte ne soit pas fermée à des dispositions plus favorables*"¹⁶⁸, que l'on éviterait une égalisation vers le bas revenant, notamment, à ouvrir aux femmes les métiers pénibles et dangereux¹⁶⁹. On permettrait, au contraire, de "tirer vers le haut" l'égalité professionnelle dès lors que "*les avantages reconnus aux femmes dans les domaines où elles sont actuellement les premières concernées peuvent être étendus aux hommes à mesure que les mentalités évoluent et que les luttes des salariés portent leurs fruits*"¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Ibid., p.798.

¹⁶⁸ M. Jacquaint, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7996.

¹⁶⁹ M-C. Beaudou, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.798.

¹⁷⁰ Ibid., p.802. Elle cite l'exemple du congé parental. Cette stratégie se fonde sur l'hypothèse selon laquelle "*les choses vont changer très vite; au fur et à mesure, les femmes réfléchiront à d'autres propositions qui iront non seulement dans un sens qui leur sera fa-*

La revendication par les parlementaires communistes du maintien des mesures protectrices, présente, en réalité, une certaine ambiguïté en ce que ce besoin de protection reposerait sur des *"faits (qui) démontrent que ce sont les postes de direction et de responsabilités qui sont refusés aux femmes, et non pas les postes de travail pénibles, répétitifs"*¹⁷¹... Ainsi, à la protection (contre) est conférée la dynamique contradictoire d'une "protection pour" (la promotion), dont on voit mal comment, concrètement, elle pourrait se traduire. Cette exigence ne va pas non plus sans contradictions, comme cette *"mesure spécifique (qui) a été prise dans la métallurgie du Vaucluse: depuis juin 1981, les femmes âgées de moins de vingt ans et de plus de quarante ans sont exemptées de travail sur le matériel informatique"*¹⁷²... L'exemple peut surprendre et conduit à s'interroger sur le rôle réellement protecteur d'une telle mesure qui semble concourir, au contraire, à maintenir une gestion différenciée de la main d'oeuvre féminine et masculine. Cette protection risque en réalité de renforcer la ségrégation de l'emploi féminin à travers l'impossibilité faite aux femmes d'accéder à certaines formations et qualifications, qui, en raison de leur caractère récent, présentent pourtant l'avantage de ne pas être sexuées.

Enfin, la permanence des mesures spécifiques dans la perspective d'en faire des mesures "égales" dont bénéficieraient les hommes, comporte une incertitude majeure. Comment les femmes ne paieraient-elles pas le prix fort d'un accroissement généralisé de la protection? Si, tant la Protection que l'Egalité sont mues par un principe de généralisation, il existe, en l'espèce, un problème de compatibilité, qui, du point de vue de l'égalité concrète, les situe en sens inverse. En fait, tout se passe comme si, au niveau du discours politique, l'appréhension du rapport capital/travail nécessitait pour être réalisable, l'escamotage de toute dimension sexuelle¹⁷³. Or, l'exercice par tous d'une égalité formelle augmentée risquerait, en fait, de signifier l'aggravation, au détriment des femmes, de la ségrégation tant qualitative que quantitative sur le

vorable, mais qui seront bénéfiques à l'ensemble des salariés, hommes et femmes", M. Jacquaint, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7997. Hypothèse très optimiste, on le verra, puisque la négociation collective ne conduira pas, loin s'en faut, à un processus rapide de renégociation des clauses particulières...

171 M-C Beaudou, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.798.

172 Ibidem.

173 Sur ce point, voir Danièle Kergoat, "Plaidoyer pour une sociologie des rapports sociaux", in "Le sexe du Travail", collectif, Presses Universitaires de Grenoble, 1984, pp.207-220.

marché du travail. En effet, à ce jour, seule l'égalité formelle a pu être généralisée, et force est de reconnaître qu'elle n'a profité qu'aux hommes.

S'inscrivant en faux contre une évaluation intemporelle (révisant le passé et idéalisant l'avenir) des législations protectrices, **le gouvernement** propose, quant à lui, d'analyser celles-ci à la lumière des conditions concrètes du travail des femmes dans des périodes historiques données¹⁷⁴. Les effets de cette législation doivent alors être appréciés en terme de protection de la santé, d'une part, et en terme de discrimination face à l'emploi d'autre part.

*"La cause de la pathologie se trouvant dans l'organisation du travail et non dans la "spécificité" morphologique de la femme"*¹⁷⁵, le gouvernement insistera alors sur la nécessité d'articuler les législations spécifiques à une double démarche d'égalité professionnelle et d'amélioration des conditions de travail. *"Il nous faut instituer une meilleure organisation du travail qui rendra possible l'accès des femmes à tous les métiers"*¹⁷⁶, *"c'est ce que nous avons hérité du XXème siècle, l'idée que les conditions dans lesquelles s'étaient faite l'industrialisation ne pouvait se traduire que par une infériorité de la femme"*¹⁷⁷. En effet, si *"parvenir à leur assurer le maximum de protection fut, (au XIXème siècle), le signe du progrès social, (...) nous n'en sommes plus là. Les temps*

174 A propos de la polémique qui l'a opposée au parti communiste, alors allié des socialistes au gouvernement, Yvette Roudy se souviendra: *"c'est au cours des longues discussions consacrées à la loi sur l'égalité professionnelle et surtout aux modalités de rattrapage que j'eus mes premières frictions avec la CGT et les communistes. J'avais eu des passes d'armes avec les syndicats patronaux mais comme je les attendais, je n'en fus pas surprise. En revanche, mes difficultés de communication avec la CGT et le PC me prirent au dépourvu. Les communistes ont parfois une vision de la femme au travail qui relève du paternalisme total. Ainsi les représentants de la CGT voulaient transformer les mesures de rattrapage en "droits permanents", ce qui n'eût fait qu'accroître les disparités. Les communistes souhaitèrent-ils maintenir les femmes en situation de dépendance, de salaire d'appoint? C'est avec les meilleures intentions du monde qu'ils demandèrent l'interdiction du travail de nuit pour les femmes, en son temps une mesure libératrice, mais qui aujourd'hui représente une entrave à la pleine activité professionnelle de bien des femmes. D'ailleurs les cadres ont commencé à l'enfreindre. Il faudra un jour s'y atteler..."* in "A cause d'elles", Albin Michel, Paris, 1985, p.147.

175 A. Junter-Loiseau, "La division sexuelle des emplois à l'épreuve de la loi du 13 juillet 1983 relative à l'égalité professionnelle", op. cit., p.148. Présidente de la Commission mesures particulières du Conseil Supérieur de l'Egalité Professionnelle, elle note qu'*"aucune recherche médicale n'a permis d'établir scientifiquement dans le contexte actuel, une nocivité particulière pour les femmes en dehors de la période de la grossesse, des emplois qui leur sont interdits ou pour lesquels des conditions spécifiques leur sont imposées. Ce qui ne signifie pas que ces emplois n'aient pas d'effet sur la santé des salariés quel que soit leur sexe, ou que les conditions d'emploi des femmes ne soient pas plus pénibles que celles des hommes"*.

176 Y. Roudy, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7981.

177 Y. Roudy, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.791.

ont changé, les femmes aussi"¹⁷⁸. Il ressort donc que "les avantages qui ont été acquis au début du siècle ont constitué des avancées (...). Mais en donner de nouveaux reviendrait, en réalité, à considérer les femmes comme des travailleurs différents des autres"¹⁷⁹.

C'est donc le **problème d'une différence** à double tranchant qui est posé ici. Dénoncée, d'une part, en ce que celle-ci peut avoir d'infériorisant et permet, par là même, de légitimer, maintenir et perpétuer les inégalités, engendrant alors "une marginalisation des femmes dans le monde du travail, une protection qui, finalement, se retournerait contre elles"¹⁸⁰. Les femmes ne sauraient, d'autre part, accéder à un statut de travailleuses à part entière dans la négation de leurs diversités¹⁸¹.

Pour les **libéraux**, c'est la prise en compte de la différence entre hommes et femmes qui appelle le maintien de législations protectrices¹⁸². "Ouvrir des portes jusque-là fermées sans raison, oui! (...). Mais proclamer que la vie des femmes et celles des hommes se bâtissent exactement de la même façon, non! Ce n'est pas conforme aux aspirations des femmes; ce n'est pas conforme à la réalité vécue; ce n'est pas au législateur de faire le bonheur des gens malgré eux"¹⁸³. Ainsi mettent-ils en avant la nécessité de tenir compte de la division sexuelle du travail, qui, traditionnellement, affecte de façon prioritaire les femmes à la sphère familiale, et, notamment, à l'éducation des enfants.

Les notions, indissociables, d'"égalité" et de "différence" ont toujours entretenu des rapports équivoques, puisque, on le voit, la demande d'égalité passe par la référence (positive ou négative) aux "différences" entre hommes

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ G. Toutain, JO/AN du 8 décembre 1982, p.7997.

¹⁸⁰ Y. Roudy, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.791. "Car au fond, admettre qu'une femme peut s'absenter pour un oui ou pour un non, c'est considérer que son travail est moins important que celui d'un homme", interview à Libération du 12.12.1988.

¹⁸¹ Sur ce point, Y. Roudy rappelant "les paroles de Jeanne Derouin ripostant à Proudhon qui affirmait que l'atelier n'était pas fait pour les femmes: "changer l'atelier", lui disait-elle, "n'en chassez pas les femmes". C'était il y a cent ans et plus. Et le débat est toujours ouvert. Quel paradoxe pour une société qui aborde sa troisième révolution technologique! Et quel défi!". JO/AN du 7 décembre 1982, p.7997.

¹⁸² "Ce texte bannit la possibilité dans l'avenir de promouvoir des mesures spécifiques apportant un mieux à la vie des femmes, je dis bien à la vie, et non pas à la vie professionnelle, car tout est lié. (...) La maternité, comme on l'a dit élégamment au cours du débat se réduit à la grossesse, à l'accouchement et à l'allaitement. Sur l'éducation et ses exigences, pas une allusion!", H. Missoffe, JO/AN du 7 décembre 1982, p.8019.

¹⁸³ Ibid., p.7993.

et femmes. L'action positive compensatrice renvoie alors à une politique égalitaire qui ne se propose pas tant d'abolir les différences, comme le craignent les libéraux, mais les privilèges (ou les désavantages), découlant de *certaines* différences et qui ont des effets discriminatoires. C'est donc le manque de pertinence ou de bien fondé de ces différences là qui fonde, dans l'optique gouvernementale, la justice de la démarche d'égalité professionnelle.

Cependant, les actions positives compensatrices ne sauraient adresser le problème du "*dilemme culturel des femmes*"¹⁸⁴. En effet, elles rejettent la différence infériorisante au nom de l'humanité commune, et visent à prévenir les attitudes tendant à "*considérer les femmes comme des travailleurs différents de autres*" (voir supra) afin de les intégrer dans un marché du travail régi par des normes dont les actions positives compensatrices ne remettent pas en question le caractère sexué. Dès lors, "*the equality claim rests upon an assumption that individuals will be tested (by comparison with the male norm), and if found equal those few individuals will be allowed equality in some insignificant and discreet area of employment or training. Difference, on the other hand simply confirms the difference (and dominance) of masculinity*"¹⁸⁵.

Il n'en reste pas moins que si, en soulignant le caractère androcentrique des structures du travail, qui ne correspondraient ni aux besoins, ni aux intérêts des femmes, la critique libérale emprunte ses arguments à une rhétorique programmatique, elle s'en distingue sensiblement quant aux objectifs réellement poursuivis.

En effet, les libéraux ne manquent pas de souligner le danger qui réside dans des législations protectrices qui auraient tendance à ne considérer la maternité que comme un épisode dans la vie professionnelle des femmes. Loin d'être "*un épiphénomène sans importance et sans conséquence*"¹⁸⁶, "*la maternité ne se limite pas au fait d'attendre un enfant, de le mettre au monde et de l'al-*

¹⁸⁴ Expression par laquelle Georg Simmel désigne le fait que les femmes, vivent dans un univers culturel clairement et majoritairement masculin: une culture "objective" (qui identifie l'humain et le masculin) et qui désigne toutes les formes externes (par opposition à la culture subjective qui se développe selon la logique de l'épanouissement individuel), y compris les créations de l'esprit comme l'art, les coutumes et les religions... ou encore le droit. Voir le numéro spécial des cahiers du GRIF consacré à Georg Simmel, n° 40, printemps 1989, éd. Tierce, Paris 1989.

¹⁸⁵ Carol Smart, "Feminism and the power of law", Routledge, London, 1989, p.87.

¹⁸⁶ H. Missoffe, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7992.

laiter"¹⁸⁷. Dans cette perspective, l'interdiction de nouveaux droits spéciaux pénaliserait *"une grande majorité de femmes qui ont à faire face à deux tâches, élever leurs enfants et exercer leur activité professionnelle"*¹⁸⁸. Ainsi les libéraux, proposèrent-ils d'étendre la possibilité de recourir à des mesures temporaires de rattrapage *"en vue d'ouvrir des droits particuliers aux femmes et d'aménager leurs conditions de travail, de manière à permettre de mieux répondre à leurs aspirations propres"*¹⁸⁹. En fait, il s'agirait là d'actions positives de type programmatique si elles renvoyaient réellement à la sphère de production dont il s'agirait de modifier les structures. Or, le discours libéral semble indiquer un inversement de dynamique vers la sphère privée et à la permanence des modèles traditionnels contre *"la mythologie du travail libérateur"*¹⁹⁰.

*"Pour quelques femmes - peu nombreuses - la maternité et l'éducation sont une tâche très ou trop lourde qu'elles font passer, dans leurs préoccupations, après leur vie professionnelle. Mais l'écrasante majorité des femmes s'engage dans l'éducation de leurs enfants corps et âme (...). Elles trouvent dans cette tâche maternelle une joie, un sens des responsabilités, un épanouissement, acquis, certes, au prix de sacrifices, mais que pour rien au monde elles ne voudraient éliminer de leur vie"*¹⁹¹. Les libéraux posent donc le véritable accomplissement des femmes (en tant que catégorie homogène et non diverse), comme étant lié à la maternité, à la famille...à ces activités "naturellement"

¹⁸⁷ Ibid., p.7997.

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁸⁹ Ibid., p.8004.

¹⁹⁰ *"La mythologie du travail libérateur n'est plus aujourd'hui de mise et je suis sûr que nombreuses seraient les femmes qui renonceraient à un emploi souvent pénible et peu exaltant si de simples garanties sociales leur étaient attribuées. La crise économique mondiale et l'aggravation de la situation de notre pays rendent aujourd'hui illusoire la notion même de salaire de la mère au foyer, notion à laquelle des hommes de mon esprit restent attachés car elle leur semble la meilleure solution pour offrir un libre choix aux femmes"*. H. Le Breton, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.799.

¹⁹¹ H. Missoffe, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7992. On notera l'usage de l'expression *"trop lourde"*, qui fait objectivement référence à une incapacité, et renvoie à une hiérarchisation des différentes fonctions des femmes. Leur travail est alors implicitement présenté comme résultant d'un échec dans *"leur premier métier"* (R. Haby, JO/AN, du 7 décembre 1982), celui de mère. C'est moi qui souligne. Cette intervention n'est pas non plus sans faire penser au discours tenu par d'autres parlementaires... ceux des années 1890: *"La femme, l'ouvrière, est bien plus qu'une femme: c'est en même temps une épouse et une mère. nous voulons l'épargner, nous voulons aussi protéger le foyer domestique"; "voulez-vous donc empêcher la femme de remplir cette fonction si belle?"*. Voir Régine Dhoquois, "Droit du travail: protection de la productrice ou protection de la reproductrice; l'exemple de la loi du 2 novembre 1892 ou le discours des hommes sur les raisons des lois spécifiques sur le travail des femmes", Actes, nov-déc 1977.

féminines. Si l'approche libérale posent donc bien la différence comme source de valeurs sociales différentes, elle lui enlève toute dimension émancipatrice: les femmes sont assimilées à cet "éternel féminin", population professionnellement moins motivée et moins impliquée dans la réalisation des objectifs de l'entreprise...bref "en retrait" car, naturellement, plus encline à investir dans la cellule familiale.

Alors que le débat Egalité/Différence montre que ce sont les structures qui sont en cause, structure du marché du travail (qui cantonne les femmes dans les zones de la précarité) et structure du droit du travail (qui les rejette dans l'anomie), la loi sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes a, en fait, tendance à figer le modèle actuel du travail: tout d'abord en limitant son propre champ d'action par le recours à une stratégie compensatrice et, d'autre part, en stigmatisant les différences à travers des mesures protectrices plutôt qu'en les intégrant à l'organisation de travail au moyen d'actions positives programmatiques. Il en résultera *une contradiction* (les législations protectrices seraient "rétroactivement" compatibles, bien qu'incompatibles dans l'avenir avec le principe d'égalité professionnelle), *un compromis* (le maintien des "avantages acquis"), et, en conséquence, *une frontière floue et incertaine* entre actions positives et législations protectrices... Autant d'incertitudes qui vaudront à la France d'être condamnée par la Cour de Justice des Communautés européennes en 1988¹⁹².

1 - Une contradiction. *"La conception de l'égalité qui ressort de ce texte (...) est totale, c'est à dire qu'elle rejette l'adoption future de mesures protectrices spécifiques aux femmes - telles que le code du travail en contient, concernant notamment le travail de nuit - à l'exception, bien sûr de celles liées aux périodes de grossesse et d'allaitement"*¹⁹³. Cette conception "totale" de

¹⁹² C.J.C.E, 25/10/88, Commission des Communautés européennes c. République française, aff 312/86, rec. 1988, pp.6315-6339. Sur recours en manquement de la Commission, la France était condamnée pour ne pas avoir pris dans le délai prescrit (30 mois), toutes les mesures pour assurer l'application complète et exacte de la directive 76/207 du Conseil du 9 février 1976. La Commission avait fondé son recours sur l'article 5, § 2 - b de la directive qui précise que les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires afin que "soient nulles, puissent être déclarées nulles ou puissent être amendées les dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement qui figurent dans les conventions collectives (...)".

¹⁹³ G. Toutain, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7986. C'est moi qui souligne. A cette fin, le gouvernement dispose d'un pouvoir d'extension du champ d'une convention collective à tous les employeurs exerçant une activité entrant dans le champ d'application professionnel et géographique de celle-ci. La procédure implique un contrôle préalable de la con-

l'égalité revient, en réalité, à distinguer parmi les mesures de protection, celles - adoptées par le passé - dont la nature serait politique ou socio-culturelle, et qui seraient donc justifiées par *"une tradition profonde du syndicalisme et du mouvement ouvrier contre laquelle il ne faut pas aller"*¹⁹⁴ (comme le souhaitaient les communistes) ou par *"l'organisation de la famille et des responsabilités de fait entre époux"*¹⁹⁵ (comme le soulignaient les libéraux).

Cette légitimation "rétroactive" des législations protectrices s'oppose clairement à la conception communautaire qui ne reconnaît, quant à elle, aucune autre disposition protectrice que celles concernant la grossesse et la maternité, susceptible d'entrer dans le champ couvert par le principe de l'égalité de traitement¹⁹⁶. L'allongement des congés de maternité, l'obligation d'entre-

fornité des clauses de la convention aux textes législatif et réglementaire, et donc, en l'occurrence, de la non-survivance de mesures protectionnistes.

194 Y. roudy, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.802. Dans le contentieux qui l'opposera à la Commission, le gouvernement soutiendra ainsi *"qu'il serait difficile, dans la réalité sociale française, de procéder à l'abolition immédiate, par une mesure législative, de droits acquis par les partenaires sociaux au cours de négociations antérieures"*, (§ 18, p.6337). Les arguments de type socio-politique avaient déjà été repoussés par la Cour de justice en 1986 dans l'affaire Johnston. L'avocat général darmon faisait alors remarquer qu'*"il ne saurait être question (...) de prendre en considération un besoin de protection, aussi fondé soit-il, dont la nature serait socio-culturelle ou même politique"* (§ 8, p.1659). C.J.C.E., 15/5/86, Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, aff. 222/84, rec.1986., p.1651.

195 Le gouvernement français faisait valoir pour sa défense que le principe d'égalité de traitement des femmes et des hommes ne vise pas à modifier la répartition des tâches entre époux, et que les droits particuliers réservés aux femmes *"auraient précisément pour objet de tenir compte des situations de fait qui existent dans la plupart des ménages en France"*, (§ 11, p.6335). Il se référait ici à la position de la Cour, qui, dans sa jurisprudence, avait souligné que le champ d'application de la directive n'avait pas *"pour objet de régler des questions relatives à l'organisation de la famille ou de modifier la répartition des responsabilités au sein du couple"* (§ 24). C.J.C.E., 12/7/1984, Hoffmann c. Barner Hersatzkasse, aff. 184/83, rec.1984, pp.3047-3088.

196 La Cour de Justice des Communautés devait préciser qu'*"il s'agit d'assurer d'une part, la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci (...) et, d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse"*, (aff. 184/83, précit., p.3075). Ainsi a-t-elle affirmé que le licenciement d'une femme pour des raisons liées à sa grossesse était contraire au principe de l'égalité de traitement (C.J.C.E., 8/11/1990, Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassen, aff. 177/88, rec.1990, pp.3941-3977). Cependant, elle devait considérer que *"l'on ne peut interdire à un employeur de licencier un travailleur féminin à cause de ses nombreux congés de maladie pour la seule raison que la maladie trouve son origine dans la grossesse ou dans l'accouchement. Un licenciement pour un tel motif ne suffit pas à établir une violation du principe d'égalité de traitement. En effet, une telle interdiction qui pèserait sur un employeur, de nombreuses années après l'accouchement, risquerait d'entraîner non seulement des difficultés de gestion, mais également des effets négatifs sur l'emploi des femmes"* (§ 9). La Cour en déduit donc qu'*"il n'y a pas lieu de distinguer la maladie qui trouve son origine dans la grossesse ou dans l'accouchement de toute autre maladie"* (§ 16). Dès lors, *"même s'il est vrai que certains troubles sont propres à l'un ou l'autre*

couper la journée de travail par un ou plusieurs repos, l'avancement de l'âge de la retraite, l'octroi d'un congé le jour de la rentrée scolaire, l'interdiction d'emploi aux travaux exposant au mercure, à l'air comprimé... apparaissent alors comme autant de *"dispositions humanitaires"*¹⁹⁷ basées sur une vision stéréotypée des capacités ou obligations familiales des femmes, et *"qui doivent disparaître et être remplacées par des conditions de travail inhérentes à l'emploi lui-même, et également applicables aux hommes et aux femmes"*¹⁹⁸.

2 - Un compromis. *"Dans le contexte de cette histoire des luttes passées (...), des droits particuliers, protecteurs des femmes figurent dans certains contrats collectifs. Le projet que je vous soumetts n'entend pas les remettre en cause. Ce sont des droits acquis et c'est là la signification de l'article 16¹⁹⁹ de la loi"*²⁰⁰. *"L'interdiction du travail de nuit"*²⁰¹, la limitation des poids à porter

sexe, la seule question est donc de savoir si une femme est licenciée pour cause d'absence due à la maladie, dans les même conditions qu'un homme; si tel est le cas, il n'y a pas de discrimination fondée sur le sexe" (§ 17). C.J.C.E., 8/11/1990, Handels-og Kontorfunktionaerernes forbund i Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening, aff 179/88, rec.1990, pp.3979-4001.

197 H. Missoffe interpellant Y. Roudy: *"Or, madame le ministre, vous devriez être sensible à un argument qui n'est pas de nature politique, si je puis dire, puisqu'il est soutenu par un membre de votre majorité (le parti communiste), et dont la portée est seulement humaine"*, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7997.

198 "Les législations protectrices à l'égard des femmes dans les Etats membres de la Communauté européenne", Doc. COM (87) 105 final du 20.3.1987. La Commission opère une catégorisation des législations protectrices devant être supprimées qu'elles soient : *"injustifiées"*, *"humanitaires"* ou *"concernant la santé et la sécurité"*.

199 L'article 16 du projet de loi correspond à l'article 19 du texte définitif (et n'est pas inscrit dans le code du travail). Afin d'éviter toute confusion, nous nous y référerons, dans la suite du texte, sous le seul numéro "19".

200 Y. Roudy, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.792. L'article 19 (1er alinéa) dispose: *"les dispositions des articles L.123-1c et L.123-2 du code du travail ne font pas obstacle à l'application des usages, des clauses de contrats de travail, des conventions collectives ou accords collectifs, en vigueur à la date de promulgation de la présente loi, qui ouvrent des droits particuliers pour les femmes"*. Il s'agit de: l'interdiction de prendre le sexe en considération (sauf pour les professions dont il constitue une condition déterminante), ainsi que de la nullité de clauses réservant le bénéfice d'une mesure quelconque à des salariés en considération de leur sexe.

201 Introduite par la loi du 2 novembre 1892, cette interdiction "historique" tombera à la suite de la décision préjudicielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes dans son arrêt du 25 juillet 1991. Tout comme son recours en manquement de 1988, la Commission basait son argumentation sur l'article 5 de la directive 76/207/CEE mais, cette fois, à l'alinéa (c) qui stipule que *"soient révisée (les mesures) des dispositions législatives réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement lorsque le souci de protection qui les a inspiré à l'origine n'est plus fondé (...)"*. L'interdiction du travail de nuit n'avait pas fait l'objet d'une sanction lors de la sentence de 1988 en raison de l'attitude de la Commission qui misait alors sur son extension au profit des hommes, après accord des partenaires sociaux dans le cadre de l'amélioration des conditions de travail. L'arrêt de 1991, en revanche, découle de son refus d'admettre que le principe d'interdiction du travail de nuit pour les femmes puisse être retenu comme

- 25 kilos - l'on n'y revient pas. D'ailleurs les travailleuses qui subissent une vie très dure ne le comprendraient pas"²⁰².

Si les clauses protectrices en vigueur sont donc maintenues, le projet de loi, dans sa première mouture, prévoyait que *"les employeurs, les organisations d'employeurs, et les organisations de salariés s'emploieront, chacun dans leur domaine de compétence, à mettre lesdites clauses en conformité"*²⁰³ avec le principe d'égalité professionnelle. Mais, la bataille d'amendements à laquelle se livreront conjointement les communistes et l'opposition libérale amènera, cette fois encore, le gouvernement à s'en remettre aux partenaires sociaux²⁰⁴. En effet, en acceptant de substituer la disposition *"par la négociation collective"* à l'expression *"chacun dans leur domaine de compétence"*²⁰⁵, il reconnaissait par là même que, désormais, *"seule la négociation peut définir l'évolution des droits acquis par les femmes. Ce sont donc les négociateurs et non pas le gouvernement qui pourront orienter le sens de la négociation. Les partenaires sociaux le feront librement"*²⁰⁶. D'autant plus librement que la loi s'abstiendra de fixer une date butoir au processus de révision²⁰⁷...

une mesure spéciale au sens de l'article 2 (§ 3) (Voir 164). C.J.C.E, 25/7/1991, Demande de décision préjudicielle formée par le tribunal de police d'Ilklich, aff. C-345/89, rec.1991, pp.4047-4068. Le 26 février 1992, le ministre socialiste du travail Martine Aubry, se conformant à la décision de la Cour de Luxembourg, dénonçait la Convention 89 de l'Organisation Internationale du Travail datant de 1948, et levait ainsi une interdiction vieille d'un siècle. La députée Yvette Roudy voyait là *"une décision qui, à l'évidence, répond à une logique avant tout libérale", "un alignement sur le statut du travailleur masculin que rien ne protège"*. Dans un revirement total de position (voir note 174), elle accusait alors le gouvernement de *"brader l'égalité entre hommes et femmes - qui fait partie de son identité - au nom de l'Europe que l'on a connue plus ambitieuse"*. in *"Travailler la nuit"*, Le Monde du 27.03.1992.

²⁰² Y. Roudy, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7997.

²⁰³ Article 19, alinéa 2. C'est moi qui souligne.

²⁰⁴ Les parlementaires communistes souhaitaient que soit supprimé le second alinéa de l'article 19 du projet de loi, et proposant de le rédiger comme suit: *"Toutefois les parties concernées (employeurs ou organisations d'employeurs, d'une part, organisations syndicales de salariés, d'autre part), s'efforceront par la négociation collective de mettre lesdits usages et clauses en conformité des articles précités, sans que cela puisse entraîner une régression pour les femmes"*, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.816, c'est moi qui souligne. Les libéraux, de leur côté, estimaient que *"la mise en conformité des clauses des conventions collectives avec le principe d'égalité devrait entraîner pour les femmes, non une régression, mais une adaptation, certains avantages pouvant disparaître alors que d'autres peuvent apparaître à titre ponctuel, dans l'observation des réalités locales et de l'environnement d'une entreprise donnée"*, P. Louveau, Ibid., p.817.

²⁰⁵ la rédaction définitive de l'article 19, second alinéa, est donc la suivante: *"les employeurs, les organisations d'employeurs et les organisations de salariés s'emploieront, par la négociation collective, à mettre lesdites clauses en conformité avec les dispositions des articles mentionnés"*(L.123-1c et L. 123-2). C'est moi qui souligne.

²⁰⁶ Y. Roudy, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.817. Notons que le gouvernement perdait par là même une opportunité considérable d'impulser une révision rapide des dispositions parti-

C'est là une forte dose de subjectivité qui est introduite dans la loi quant à l'engagement des législations protectrices avec la nouvelle logique égalitaire qui s'incarne dans les actions positives. Dès 1985, il apparaîtra alors que, *"étant donné les sensibilités différentes, voire les divergences entre les partenaires sociaux, les propositions finales varient d'une mesure particulière à l'autre, dans un éventail qui s'étend du maintien à la suppression pure et simple en passant par la modification par la voie législative, réglementaire ou conventionnelle"*²⁰⁸. En 1988, la Commission européenne devait ainsi relever que, sur la base de cet article 19, seules 16 conventions collectives (dont 11 nationales) avaient été renégociées sur la période 1983-1987²⁰⁹.

3 - Une frontière floue et incertaine. Nous sommes donc, on le voit, en présence d'une distinction tout à fait artificielle: si, formellement, on reconnaît que ces *"dispositions de protection des femmes sont totalement contraires à l'objectif d'égalité professionnelle"*²¹⁰, dans la pratique *"le projet ne touche pas aux droits acquis, l'article (19) est formel"*²¹¹.

Or, le problème de la frontière entre actions positives et législations protectrices est d'importance puisqu'une loi qui autorise, sur la base des différences reconnues entre groupes, un traitement spécial positif, peut, symétriquement, entraîner un traitement spécial (dont l'impact serait) négatif. Ce dilemme est, on l'a souligné, celui de "la différence" à double face. Où se situe donc la frontière entre les différences (biologiques, sociales, culturelles) qui justifient des droits spéciaux, et celles qui sont insignifiantes au regard du droit? Existe-t-il un principe unique qui permette de faire la part du feu?

culières. En raison de la concentration des femmes dans le secteur tertiaire (à 73,6 % en 1985; Eurostat), l'Etat, à travers les services publics est, en effet, le premier employeur de main d'oeuvre féminine. Un fonctionnaire sur deux est une femme, et la proportion est encore plus élevée chez les personnels non titulaires.

²⁰⁷ Ce choix des moyens devait être condamné par la Cour de Justice, qui rejetait *"la nécessité (comme le prétendait la France) de laisser aux partenaires sociaux le soin d'abolir les droits particuliers des femmes, par la voie de la négociation collective"* (§ 23), d'autant que la loi s'abstenait de *"leur fixer (un) délais pour se conformer à cette obligation"* (§ 22). Aff.312/86, précit., p.6338.

²⁰⁸ Conseil Supérieur de l'Egalité Professionnelle, Commission mesures particulières, rapport final, juillet 1985, p.3. Les conclusions de ce rapport ne seront jamais diffusées...

²⁰⁹ Des chiffres, qui, précisait-elle, *"sont très modestes par rapport au nombre des conventions collectives qui sont annuellement conclues en France (en 1983: 1050 conventions de branche professionnelle et 2400 accords d'entreprise)"*, (§ 20, p.6337).

²¹⁰ Y. Roudy, JO/Sénat du 12 mai 1983, p.803.

²¹¹ Y. Roudy, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7997. *"Il s'agit, précisait-elle, d'un article que j'ai tenu absolument à voir figurer dans le texte"*, p.7993.

C'est le principe de "*spécificité*" qui sera alors mis en avant: alors que les actions positives sont fondées sur la "*situation spécifique d'inégalité*" dans laquelle se trouve les femmes, les législations protectrices renvoient, quant à elle, à une "*spécificité féminine*" au regard du travail salarié²¹². La loi opèrerait donc ainsi un renversement de valeur en passant d'une logique de protection à une logique de promotion²¹³, indispensable pour tendre à une égalité réelle, et se situant à terme dans une perspective de parité des emplois et conditions de travail.

Il n'en reste pas moins que la loi Roudy décline l'opportunité de distinguer une législation à caractère restrictif, en ce qu'elle exclu les femmes de certains emplois ou légitime les inégalités existantes, d'une législation de type réellement protectrice²¹⁴. Il en résulte l'absence d'une délimitation claire entre la différence susceptible de justifier un traitement différentiel des hommes et des femmes, et celle qui stigmatise les femmes et les marginalise sur le marché du travail. En cette absence, c'est donc, pour les partenaires sociaux, "*l'adéquation à l'objectif de mixité des droits qui pourra permettre de distinguer mesures protectrices et mesures de rattrapage*"²¹⁵. Or, la diversité de leurs intérêts respectifs, jointe à la complexité de la notion de "mixité", concourt inévitablement à l'ineffectivité du processus de révision prévu par la loi²¹⁶.

212 "*La nécessité de mettre en oeuvre des "discriminations positives" (...) est fondée non pas sur une quelconque "spécificité féminine", mais sur la situation spécifique d'inégalité que connaissent aujourd'hui les femmes par rapport aux hommes dans le travail salarié*". M-F. Lecuir, JO/AN du 7 décembre 1982, p.7997.

213 "*On passe ainsi d'une logique de protection à une logique de promotion, à des "discriminations positives"*". Ibidem.

214 Soulignant "*que la loi française permet de maintenir des mesures de protection qui relèvent du XIXème siècle*", quand "*la cour européenne a compris, elle, le sens de la véritable égalité professionnelle*", Yvette Roudy déclarait ("*avoir pensé*") que ces mesures, tout à fait désuètes, allaient mourir d'elles-mêmes". Interview à Libération du 12.12.1988. Or, la sanction normale d'une règle juridique dès lors qu'elle est désuète, et donc caduque, est l'abrogation...

215 "*La nouvelle situation des femmes dans le code du travail*", Dossier CFDT 1983, fiche n° 5.

216 A la suite de sa condamnation par la Cour de justice des Communautés, le gouvernement proposait une nouvelle rédaction du 2ème alinéa de l'article 19: "*Toutefois les employeurs, les organisations d'employeurs et les organisations de salariés devront, par la négociation collective, mettre les clauses visées à l'alinéa précédent et qui ne constituent pas des mesures prises en application de l'article L.123-3 du code du travail, en conformité avec les articles L.123-1c et L.123-2 dans un délai de deux ans à compter de la promulgation de la présente loi*". Cependant, il était précisé que "*ce projet entend préserver les prérogatives des partenaires sociaux dans le domaine de la négociation collective tout en veillant à ne pas remettre en cause purement et simplement des dispositions auxquelles leurs bénéficiaires sont attachées et qui répondent à des besoins familiaux et sociaux*"(!). Projet de loi modifiant l'article 19 de la loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 portant modifica-

En effet, on a déjà noté le caractère ambiguë de la notion de "mixité". Ainsi les libéraux l'ont-ils tantôt assimilée à une menace de "*quotas*" (or, dans la loi électorale à laquelle ils feront abondamment référence, il ne s'agissait pas tant d'imposer un quota d'élus que d'instaurer une règle de mixité des listes de candidats aux élections municipales), tantôt à l'idée d'une "*représentation égale*", et devaient en conclure que l'objet de la loi ne pouvait être la mixité²¹⁷. D'autre part, les partenaires sociaux ne manqueront pas de se trouver confrontés à l'écueil auquel se heurtait déjà une analyse effective des situations comparées²¹⁸. En effet, alors que la non-mixité des emplois caractérise largement encore les entreprises françaises - on a même parlé d'"*apartheid sexuel*"²¹⁹ - comment opérer la distinction entre traitements différenciés "positif" ou protecteur (dans sa dimension "négative"), dans l'hypothèse d'entreprises totalement non-mixtes?

La loi organise donc une cohabitation contradictoire entre législations protectrices et actions positives. En affirmant, d'une part, que les législations particulières sont incompatibles avec le nouveau principe d'égalité professionnelle, et en déclarant, d'autre part, que l'égalité de traitement n'englobe pas la modification de certaines clauses ou usages prenant en compte l'état de la sphère privée ou de la réalité socio-politique, elle renonce à tracer une frontière claire et précise entre les deux concepts. La loi instaure ainsi une sorte de "*no man's land*" dans lequel les "mesures temporaires de rattrapage" semblent servir de base au maintien de ces "avantages acquis" dont l'effet est de légitimer les discriminations que les premières se proposent de combattre²²⁰...

tion du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, exposé des motifs. C'est moi qui souligne.

217 cf. la déclaration de P. Louveau, p.28.

218 Voir C. Sutter, "L'égalité professionnelle dans les droits nouveaux", op. cit. p.690.

219 M. Maruani, C. Nicole, "Au labeur des dames", Syros Alternative, Paris, 1989.

220 Cette confusion autour des concepts de "législation protectrice" et d'"action positive", se prolongera lors de la ratification, par l'Assemblée Nationale, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (ONU, 1979). Paulette Nevoux, rapporteur de la Commission des affaires étrangères, soulignait alors "*que la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, compatible avec la législation française, ne doit en aucune façon faire obstacle à l'application du droit français chaque fois que celui-ci contient des mesures de discrimination inspirées par le souci d'accroître la protection de la femme et de l'enfant. Le Gouvernement entend faire respecter les droits existants à l'égard des femmes et préciser ces droits lorsque cela est nécessaire, voire en créer de nouveaux pour rattraper les inégalités existantes*". JO/AN du 28 juin 1983, p.3256. On notera, d'une part, l'affirmation solennelle du maintien des législations protectrices, et, d'autre part, l'application à leur endroit du mot "*rattraper*"... ou peut-être est-ce d'actions positives dont on parle alors?...

Conclusion

Une seconde génération d'actions positives

La loi relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, s'inscrit, on l'a déjà noté, dans la ligne de la Directive 76/207/CEE. Cette directive sera, dès 1980, complétée par les programmes d'action de la Commission²²¹, puis, en 1984, renforcée par une Recommandation du Conseil²²² invitant les Etats-membres à développer des actions positives en matière professionnelle auprès des entreprises siégeant sur leur territoire²²³.

Jusqu'alors, bien qu'affirmant qu'*"une action positive englobe toutes les mesures qui peuvent contribuer à éliminer les inégalités"*²²⁴, la Commission mettait, déjà, l'accent sur le problème de la formation affirmant qu'*"il s'agit probablement là du principal facteur freinant l'insertion des femmes dans le monde du travail, en particulier dans les secteurs où sont appliqués les nouvelles technologies"*²²⁵. Elle précisait que *"les actions dans le domaine de l'éducation et de la formation sont fondamentales pour adapter (la main d'œu-*

221 Nouveau programme d'action de la Communauté sur la promotion de l'égalité des chances pour les femmes 1982-1985, Communication de la Commission, COM (81) 758 final, 9 décembre 1981.

Egalité des chances pour les femmes - Programme communautaire à moyen terme 1986-1990, Communication de la Commission, COM (85) 801 final, 19 décembre 1985.

Egalité des chances entre les femmes et les hommes, Troisième programme d'action communautaire à moyen terme 1991-1995, Communication de la Commission, COM (90) 449 final, 6 novembre 1990.

222 Recommandation du Conseil du 13 décembre 1984 "relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes". J.O.C.E. L 331/34 du 19 décembre 1984.

223 Alors que des experts (E. Vogel-Polsky (et al.), "Etude des programmes d'action positive en tant que stratégies destinées à intégrer les travailleurs féminins et d'autres groupes minorisés dans le marché du travail", V/30/84-FR, nov. 1982) avaient fortement recommandé à la Commission l'adoption d'une directive, celle-ci, considérant que les systèmes légaux des Douze n'étaient pas encore prêts (aucun Etat-membre n'avait encore introduit une obligation légale de développer des actions positives, ou encore certaines formes d'action positive étaient, dans certains états, susceptibles d'être illégales), proposa une Recommandation, plus sûre, ainsi, d'emporter l'accord politique des gouvernements.

224 "Egalité des chances, Action positive en faveur des femmes dans le domaine de l'emploi", Guide, document de la Commission des Communautés Européennes, Luxembourg, 1988, p.10

225 Programme d'action de la Communauté sur la promotion de l'égalité des chances pour les femmes 1982-1985, op. cit., p. 11.

vre féminine) aux mutations économiques et sociales"²²⁶. Cependant, la Commission inscrivait alors les actions positives dans une logique d'émancipation des femmes (le développement d'une culture de l'égalité des chances).

Dans son troisième programme d'action (en cours de mise en oeuvre), réaffirmant le rôle essentiel que doit jouer la formation professionnelle, la Commission semble, cette fois, intégrer celle-ci dans un ensemble de nouvelles valeurs, celles du management et de la gestion des ressources humaines. Dans cette perspective renouvelée, le programme prévoit que *"la Commission continuera en particulier à promouvoir (...) les bonnes pratiques en matière d'égalité des chances et des programmes d'action positive dans le secteur public et privé, faisant partie intégrante des politiques du personnel et de la gestion des ressources humaines"*²²⁷. Ainsi, *"Les partenaires sociaux (...) devront en particulier s'efforcer de mettre en place dans les entreprises des programmes d'action positive s'intégrant dans une politique cohérente de gestion des ressources humaines, et de susciter un réel engagement en faveur de la formation continue des femmes dans les entreprises"*²²⁸.

A travers cette alliance des stratégies égalitaires avec la problématique des ressources humaines, il s'agit clairement pour la Commission d'inclure plus largement les opérateurs économiques et sociaux susceptibles de mettre en oeuvre sa politique d'égalité des chances. Une approche *"globalisante"*, que l'on retrouve tant au niveau micro que macro-économique: *"la politique d'égalité des chances entre les femmes et les hommes ne peut plus être considérée uniquement comme une politique à caractère spécifique et limité, mais comme une composante et une dimension à part entière des politiques économiques et sociales et des politiques structurelles de la Communauté"*²²⁹, et qui vient marquer *"le passage de la phase expérimentale qui a caractérisé le dernier programme à une étape permettant une approche plus large et plus intégrée"*²³⁰.

Un objectif de globalisation ou d'"injection" du principe d'égalité de traitement dans l'ensemble des politiques communautaires, et *"une stratégie*

²²⁶ Programme communautaire à moyen terme sur la promotion de l'égalité des chances pour les femmes 1986-1990, op. cit., p. 4.

²²⁷ Égalité des chances entre les femmes et les hommes, Troisième programme d'action communautaire à moyen terme, 1991-1995, op. cit., p.20. C'est moi qui souligne.

²²⁸ Ibid., p. 22.

²²⁹ Ibid., p.3.

²³⁰ Ibid., p.13.

d'action plus intégrée et plus globale"²³¹, dont il sera intéressant d'analyser s'ils marquent le début d'une nouvelle dynamique de l'égalité des chances, ou, au contraire, s'ils en annoncent la dilution dans l'ensemble des politiques de la Communauté... La promotion par la Commission de l'égalité des chances comme subsidiaire aux valeurs du management, pourrait, en effet, être un prétexte idéal pour que la Communauté ne se préoccupe plus outre mesure des injustices, des handicaps et des inégalités dont souffrent les femmes, au motif que ceux-ci relèveraient, en priorité, d'une meilleure gestion des ressources humaines et, en particulier, d'une amélioration de la formation professionnelle des femme.

En 1983, le législateur français intervenait donc, à son tour, dans la sphère de l'égalité au moyen d'une technique normative qui, on l'a vu, laissant aux partenaires sociaux toute latitude dans la définition du contenu de l'action positive (absence de définition des concepts clé, d'objectifs clairement visés, absence quasi totale de dispositions contraignantes), a alors pour effet de considérablement renforcer le rôle des metteurs en oeuvre. Cette invitation à l'auto-régulation repose sur l'hypothèse déjà - implicitement - mise en avant par la Commission européenne, selon laquelle l'amélioration des compétences et capacités des femmes peut conduire à leur pleine participation au développement de l'organisation, et donc à l'égalité de chances avec leurs homologues masculins. Il s'agit là d'une conception selon laquelle les femmes se heurteraient, dans le monde du travail, à des obstacles extérieurs au champ d'intervention du législateur. Les actions positives ayant pour objet de surmonter les obstacles non-juridiques à l'égalité des chances, les pouvoirs publics ne sauraient donc agir directement, mais peuvent encourager les employeurs à s'attaquer à un problème qu'ils seraient les mieux à même de résoudre.

Il semble donc que nous assistions aujourd'hui à une "*terminaison partielle*" de la politique publique d'égalité professionnelle²³². En effet, les résultats de la mise en oeuvre de la politique impulsée par la loi Roudy en France, ainsi que la reformulation de la politique d'égalité des chances au niveau communautaire, amorcent sans doute une modification substantielle de l'action publique en matière d'égalité professionnelle. Le passage du support "égalité"

²³¹ Ibid., p.3.

²³² P.De Leon, "Policy terminaison as a political phenomenon", cité par Y. Mény et J-C. Thoenig, "Politiques publiques", PUF, Paris, p.318.

au second plan, et la mobilisation des valeurs de "management" et de "gestion des ressources humaines" constituent, en effet, une altération significative des politiques - communautaire et nationale - d'égalité à destination des femmes. A cet égard, les dernières propositions du Secrétariat d'Etat Chargé des Droits des Femmes sont exemplaires. Prenant acte de ce que *"l'entreprise n'est pas toujours prête à s'engager dans (une démarche égalitaire)"*, il propose donc d'*"insérer"* la politique d'égalité professionnelle *"dans une stratégie plus large et (de) s'appuyer sur les facteurs porteurs aujourd'hui sur le marché du travail et dans l'entreprise. Ainsi, le plan d'égalité, s'il reste un instrument qui doit être développé, doit l'être plus par la persuasion que par la contrainte"*²³³.

Cette altération résulte directement de stratégies de pouvoir et d'affrontements de valeurs dans la recherche d'une crédibilité publique quand l'égalité des sexes est devenu, à la fois, un symbole trop faible (trop peu mobilisateur) et trop conflictuel pour constituer, à lui seul, le levier d'une politique publique. Ainsi, le recours à des normes d'efficacité, de compétence (le management) adoptées par les entreprises, ou à des normes émotionnelles (la formation pour assurer l'avenir du pays, pour garantir la justice sociale...) auxquelles de larges fractions de la population se montrent sensibles, apparaissent comme des référentiels plus forts permettant de promouvoir des programmes d'action positive à la recherche de metteurs en oeuvre²³⁴.

Ainsi, tant au niveau communautaire que national, la politique d'égalité des chances entre les femmes et les hommes semble donc commander de ne pas confier à une grande structure (réputée "bureaucratique"), ce qui semble pouvoir être réalisé plus efficacement par une plus petite (les entreprises). La mise en perspective des actions positives comme subsidiaires à la gestion des ressources humaines pose alors la question de l'adéquation entre, d'une part, le modèle d'action positive dont la Commission dessine les contours et auquel le législateur a attribué une valeur juridique, et, d'autre part, l'objectif conféré

²³³ Secrétariat d'Etat Chargé des Droits des Femmes, "L'emploi au féminin. Pour une méthode de la mixité professionnelle", rapport rédigé par Ghislaine Toutain, La Documentation française, Paris, 1992, p.81.

²³⁴ A ce jour, la loi Roudy, n'a recueilli qu'un faible écho. Entre 1983 et 1988: seuls 17 plans d'égalité professionnelle ont été signés, quand le ministère en espérait 100! Aujourd'hui, on s'accorde sur le chiffre de 25 en y incluant les plans en cours de négociation ou de signature.

par le droit international aux actions positives: la réalisation de l'égalité matérielle²³⁵.

L'intervention de la C.E.E et des pouvoirs publics nationaux à titre subsidiaire dans le champs de l'égalité, renvoie à l'articulation entre les critères d'efficacité économiques, mis en avant par une politique d'optimisation des ressources humaines dans l'entreprise, et les fondements normatifs de l'action positive, au regard des tendances actuelles des pratiques d'emploi. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure ces *"bonnes pratiques"* pourraient être porteuses d'une résorption des écarts entre les positions des femmes et des hommes sur le marché du travail où les phénomènes simultanés de féminisation et de flexibilisation de la main d'oeuvre se traduisent par une évolution inversement proportionnelle entre la quantité et la qualité des emplois réservés aux femmes sur le marché du travail²³⁶.

Dans ce contexte qui voit la division de la population active entre une main d'oeuvre périphérique-féminine-aux emplois précaires, et un noyau dur-masculin-bénéficiant des garanties de l'emploi, l'action positive compensatrice est

²³⁵ Introduite par l'O.I.T sur la scène internationale, en 1975, sous l'expression "discriminations positives", c'est l'O.N.U., qui, en 1979, avec la "Convention sur l'élimination de toutes les discriminations à l'égard des femmes" fondera internationalement leur légitimité. Dans son article 4, la Convention dispose que *"l'adoption par les états-parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination tel qu'il est défini par la présente Convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité des chances et de traitement ont été atteints"*. Cet instrument juridique international à vocation universelle proclame ainsi que les actions positives ne sauraient constituer une discrimination dérogeant au principe de l'égalité, dès lors qu'elles sont transitoires et tendent à redresser une inégalité effective. Par ailleurs, la Convention prévoit expressément que les Etats devront adopter des actions positives dans leurs rapports avec les citoyens, les groupes ou les institutions dès lors qu'elles apparaissent comme le moyen le plus adéquat pour réaliser l'égalité entre les hommes et les femmes ou pour lutter contre les discriminations. En France, la Convention est entrée en vigueur le 13 janvier 1984.

²³⁶ Il convient de distinguer deux conceptions différentes de la flexibilité. Une flexibilité productive qui, renvoyant à la capacité d'adaptation de travailleurs qualifiés afin de s'adapter à des modifications fréquentes des modes de production et des produits eux-mêmes (fiabilité, qualité), vise les gains de productivité. Il existe également une flexibilité-précarité cohérente avec un modèle de division du travail incluant des emplois périphériques d'exécution et déqualifiés, et dont l'objet est, avant tout, la recherche de la compression des coûts salariaux. Ce processus de flexibilisation sociale a entraîné la multiplication de formes d'emploi dites "atypiques" dont certaines sont... typiquement féminines. ainsi, le temps partiel constitue pour elles, la forme principale des emplois précaires. En France, il concerne aujourd'hui 2,6 millions de personnes, dont 2,2 millions de femmes, soit 96% des effectifs: aucune autre forme d'emploi n'est aussi sexué.

est régie, à la fois, par des principes d'inclusion et d'exclusion. En effet, elle se propose d'inclure *des* femmes dans une structure du marché du travail et de l'emploi dans la mesure où celles-ci peuvent satisfaire à certaines conditions (dotation en capital humain, investissement dans la sphère de travail) qui, de fait, excluent *les* femmes puisque ces conditions sont définies en opposition aux attributs - supposés - de leur catégorie. Ainsi l'action positive compensatrice est elle faussement collective, et repose sur des prémisses erronées (l'attitude de retrait de la majorité des femmes). On peut alors légitimement se demander si cette "seconde génération" d'actions positives ne risque pas, en réalité, d'accroître la division sexuelle du travail. Tout se passe comme si seule une minorité de femmes pouvait prétendre à l'égalité, ce qui, par conséquent, revient à déposséder un peu plus les autres de leur qualification, à les persuader encore plus de leur "retard par rapport aux hommes"...

Alors que l'Action Positive ne saurait, en aucun cas, être subsidiaire à l'égalité formelle, mais constitue, au contraire, une "nouvelle frontière" dans la recherche d'une égalité substantielle, sans laquelle le principe d'égalité de traitement est dépourvu de sens, les "actions positives compensatrices" (obéissant à des principes élémentaires d'égalité, mais que l'entreprise adapte à ses besoins particuliers), semblent, en fait, marquer une limite à la promotion de l'égalité des chances. Les décideurs (tant au niveau communautaire que national) semblent désormais considérer "*le possible*", tel qu'il a été défini par les metteurs en oeuvre, comme le champ de son action à venir. "*Dès lors, le changement - ou la décision - ne peut plus être introduit qu'à la marge, de façon indirecte*" (...). "*Il s'agit là d'une véritable homéopathie du changement: un système complexe, traversé par les phénomènes de pouvoir, se transforme à petites doses injectées par de multiples points. La décision dans ce cas consiste non pas à trouver la santé mais à éloigner le mal: faire moins mal qu'avant, écarter le pire ou l'insupportable*"²³⁷.

237 Y. Mény et J-C. Thoenig, op. cit., p.219-220.

Bibliographie

Liste des articles, ouvrages et rapports cités

ALFORD A. A., FRIEDLAND R., *Powers of theory: Capitalism, the State and Democracy*, Cambridge U.P., Cambridge, 1985.

BECKER Gary S., Human Capital, effort, and the sexual division of labor, *Journal of Labor Economics*, vol.3, n° 1, january 1985.

BENETON Philippe, *Le fléau du bien. Essai sur les politiques sociales occidentales (1960-1980)*, éd. Robert Laffont, Paris, 1983.

BLASSEL Hugues, SUTTER claire, Quelques réflexions sur une absence: la part des femmes dans le syndicalisme, *Droit Social*, n° 1, janvier 1984.

BORGOGELLI Franca, La tipologia delle Azioni Positive, in *Il diritto diseguale. La legge sulle Azioni Positive*, a cura di L. Gaeta e L. Zoppoli, G. Giappichelli Ed., Torino, 1992.

CAPALDI Nicholas, *Out of order*, Prometheus Book, Buffalo, New-York, 1985.

CHARPENTIER Louis, *Action positive et formation professionnelle des femmes: stratégie égalitaire et accès à la visibilité*, Mémoire de D.E.A en sociologie du travail, Rennes, 1990, (sous la direction de Annie Junter-Loiseau).

CROSBY Faye, CLAYTON Susan, Affirmative action and the issue of expectancies, *Journal of Social Issues*, vol.46, n° 2, 1990.

DAVIS Michael H., A government of judges: an historic re-view, *The American Journal of Comparative Law*, vol.35, 1987.

DUBAR Claude, *La socialisation. Construction des identités sociales et professionnelles*, éd. Armand Colin, Paris, 1991.

DHOQUOIS Régine, Droit du travail: protection de la productrice ou protection de la reproductrice; l'exemple de la loi du 2 novembre 1892 ou le discours des hommes sur les raisons des lois spécifiques sur le travail des femmes, *Actes novembre-décembre 1977*.

HAKIM Catherine, Grateful slaves and self-made women: fact and fantasy in women's work orientations, *European Sociological Review*, vol.7, september 1991.

HALPERN Monique, L'image des femmes à travers les débats parlementaires relatifs à la loi sur le travail à temps partiel dans la fonction publique, *Droit Social*, n° 7-8, juillet-août 1981.

HART H.L.A., *The concept of law*, Oxford University Press, 1961.

HUET Maryse, La progression de l'activité féminine est-elle irréversible?, *Economie et Statistiques*, n° 145, juin 1982.

JEWSON Nick, MASON David, The theory and practise of equal opportunities: liberal and radical approaches, *The Sociological Review*, vol.34, n° 1, february 1986.

JUNTER-LOISEAU Annie, La division sexuelle des emplois à l'épreuve de la loi du 13 juillet 1983 relative à l'égalité professionnelle, *Droit Social*, n° 2, février 1987.

JUNTER-LOISEAU A. (et al.), *Les plans d'égalité professionnelle, Etude-bilan 1983-1988*, La Documentation française, 1989.

JUNTER-LOISEAU A., L'égalité professionnelle hors la loi, *Travail*, n° 22, printemps 1991.

KERGOAT Danièle, Plaidoyer pour une sociologie des rapports sociaux, in *Le sexe du travail*, collectif, Presses Universitaires de Grenoble, 1984.

KRIEGER Linda J., COONEY Patricia N., The Miller-Wohl controversy: Equal treatment, Positive Action and the meaning of women's equality, *The Golden Gate University Law Review*, vol.13, n° 3, summer 1983.

LANQUETIN Marie-Thérèse, De l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. A propos d'un projet de loi, *Droit Social*, n° 4, avril 1983.

LAUFER Jacqueline, Egalité professionnelle, principes et pratiques, *Droit Social*, n° 12, décembre 1984.

LE GOFF Jacques, *Du silence à la parole. Droit du travail, société, Etat (1830-1989)*", Calligrammes, Quimper, 1989.

LEWIS Russel, Affirmative poison, *Economic Affair*, june 1991.

LOSCHAK Danièle, Les hommes politiques, les "sages" (?)... et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982), *Droit Social*, n° 2, février 1983.

LUCHAIRE F., Le Conseil constitutionnel, in *Les transformations du droit du travail*, collectif, Dalloz, Paris, 1989.

MARCIL-LACOSTE Louise, Les dilemmes de l'égalité, *L'homme et la société*, n 83, 1er trimestre 1987.

McCRUDDEN Christopher, Rethinking Positive Action, *The Industrial Law Journal*, vol.15, n° 4, december 1986.

MARUANI Margaret, *Les syndicats à l'épreuve du féminisme*, Syros, Paris 1979.

MARUANI M., NICOLE Chantal, Quelques réserves sur l'armée de réserve, *Revue Française des Affaires Sociales*, n° 2, 1985.

MARUANI M., NICOLE C., *Au labeur des dames*, Syros Alternative, Paris, 1989.

MENY Yves et THOENIG Jean-Claude, *Politiques publiques*, PUF, Paris, 1989.

ROUDY Yvette, *A cause d'elles*, éd. Albin Michel, Paris, 1985.

SAINSAULIEU Renaud, *L'identité au travail*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2ème éd., 1985.

SCARPONI Stefania, Le nozioni di discriminazione, in *Il diritto diseguale. La legge sulle Azioni Positive*, a cura di L. Gaeta e L. Zoppoli, G. Giapichelli Ed., Torino, 1992.

SMART Carol, *Feminism and the power of law*, Routledge, London, 1989.

SUPIOT Alain, La fraternité et la loi, *Droit Social*, n° 1, janvier 1990.

SUTTER Claire, *Les principes directeurs à mettre en oeuvre pour promouvoir l'égalité professionnelle entre femmes et hommes*, Communication à l'association française de droit du travail et de la sécurité sociale, novembre 1982.

SUTTER C., L'égalité professionnelle dans les droits nouveaux, *Droit Social*, n 12, décembre 1982.

VILLIERS Ann D., Legislating for women's rights and conservative rhetoric - lessons for feminists, *The Australian Quarterly*, vol.59, n° 2, winter 1987.

VOGEL-POLSKY Eliane (et al.), *Etude des programmes d'action positive en tant que stratégies destinées à intégrer les travailleurs féminins et d'autres groupes minorisés dans le marché du travail*, V/30/84-FR, novembre 1982.

VOGEL-POLSKY E., Les programmes d'action positive en faveur des femmes; analyse théorique, *Revue Internationale du Travail*, vol.124, n° 3, mai-juin 1985.

VOGEL-POLSKY E., *Les actions positives et les contraintes constitutionnelles qui pèsent sur leur mise en oeuvre dans Etats-membres du Conseil de l'Europe*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1989.

Cahiers du GRIF, Georg Simmel, n° 40, printemps 1989, éd. Tierce, Paris 1989.

Commission Mesures Particulières - Rapport final, Conseil Supérieur de l'Egalité Professionnelle, Mission pour l'égalité professionnelle, Ministère des droits des femmes, 1985.

Groupe de travail CNPF-Administration, *Les charges des entreprises françaises, Rapport au Premier ministre*, mars-juin 1983, La documentation française, 1983.

Egalité des chances - Action positive en faveur des femmes dans le domaine de l'emploi - Guide, Document de la Commission des Communautés Européennes, Luxembourg, 1988.

Les législations protectrices à l'égard des femmes dans les Etats-membres de la Communauté européenne, Communication de la Commission, COM (87) 105 final, 20 mars 1987.

Nouveau programme d'action de la Communauté sur la promotion de l'égalité des chances pour les femmes 1982-1985, Communication de la Commission, COM (81), 758 final, 9 décembre 1981.

Egalité des chances pour les femmes - Programme communautaire à moyen terme 1986 - 1990, Communication de la Commission, COM (85), 801 final, 19 décembre 1985.

Egalité des chances entre les femmes et les hommes - 3ème programme d'action communautaire à moyen terme 1991 - 1995, Communication de la Commission, COM (90), 449 final, 6 novembre 1990.

Secrétariat d'Etat Chargé des Droits des Femmes, *L'emploi au féminin; pour une méthode de la mixité professionnelle*, rapport rédigé par Ghislaine Toutain, La Documentation française, Paris, 1992.



EUI WORKING PAPERS

EUI Working Papers are published and distributed by the
European University Institute, Florence

Copies can be obtained free of charge
– depending on the availability of stocks – from:

The Publications Officer
European University Institute
Badia Fiesolana
I-50016 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy

Please use order form overleaf

Publications of the European University Institute

To The Publications Officer
 European University Institute
 Badia Fiesolana
 I-50016 San Domenico di Fiesole (FI) – Italy
 Telefax No: +39/55/573728

From Name

 Address

- ☐ Please send me a complete list of EUI Working Papers
- ☐ Please send me a complete list of EUI book publications
- ☐ Please send me the EUI brochure Academic Year 1994/95
- ☐ Please send me the EUI Research Review

Please send me the following EUI Working Paper(s):

No, Author

Title:

No, Author

Title:

No, Author

Title:

No, Author

Title:

Date

Signature

EUI Working Papers as from 1990

As from January 1990, the EUI Working Papers Series is divided into six sub-series, each series is numbered individually (i.e. EUI Working Paper HEC No. 90/1; ECO No. 90/1; LAW No. 90/1; SPS No. 90/1; EPU No. 90/1; ECS No. 90/1).

Working Papers in Political and Social Sciences

SPS No. 90/1

Reiner GRUNDMANN/Christos
MANTZIARIS
Habermas, Rawls, and the
Paradox of Impartiality

SPS No. 90/2

Hans-Peter BLOSSFELD/Ursula
JAENICHEN
Educational Expansion and
Changes in Women's Entry into
Marriage and Motherhood in the
Federal Republic of Germany

SPS No. 90/3

Nico WILTERDINK
Where Nations Meet: National
Identities in an International
Organisation

SPS No. 90/4

Hans-Peter BLOSSFELD
Changes in Educational
Opportunities in the Federal
Republic of Germany. A
Longitudinal Study of Cohorts
Born Between 1916 and 1965

SPS No. 90/5

Antonio LA SPINA
Some Reflections on Cabinets and
Policy-Making: Types of Policy,
Features of Cabinets, and Their
Consequences for Policy Outputs

SPS No. 90/6

Giandomenico MAJONE
Cross-National Sources of
Regulatory Policy-Making
in Europe and the United States

* * *

SPS No. 91/7

Hans-Peter BLOSSFELD
Is the German Dual System a
Model for a Modern Vocational
Training System?

SPS No. 91/8

Hans-Peter BLOSSFELD/
Gianna GIANNELLI/
Karl Ulrich MAYER
Expansion on the Tertiary Sector
and Social Inequality.
Is there a New Service Proletariat
Emerging in the Federal Republic
of Germany?

SPS No. 91/9

Giandomenico MAJONE
Public Policy Beyond the
Headlines

SPS No. 91/10

Giandomenico MAJONE
Market Integration and
Regulation: Europe after 1992

SPS No. 91/11

Jean BLONDEL
Ministers of Finance in Western
Europe: A Special Career?

SPS No. 91/12

Jean BLONDEL
Governments and Supporting
Parties: Definitions and
Classifications

SPS No. 91/13

Jean BLONDEL

A Model for the Analysis of
Government-Party Relationships

SPS No. 91/14

Jean BLONDEL

The Political Factors Accounting
for the Relationship Between
Governments and the Parties
Which Support Them

* * *

SPS No. 92/15

Jerry A. JACOBS

Consumer, Social and Business
Services Industries in the United
States: Trends Between 1969 and
1987

SPS No. 92/16

Hans-Peter BLOSSFELD/
Yossi SHAVIT

Persisting Barriers: Changes in
Educational Opportunities in
Thirteen Countries

SPS No. 92/17

Hans-Peter BLOSSFELD/
Jan HOEM/Alessandra
DE ROSE/Götz ROHWER

Education, Modernization and
Divorce. Differences in the Effect
of Women's Educational
Attainment in Sweden, the Federal
Republic of Germany
and Italy

SPS No. 92/18

Zina ASSIMAKOPOULOU/
Gøsta ESPING-ANDERSEN/
Kees VAN KERSBERGEN

Post-Industrial Class Structures:
Classifications of Occupations and
Industries (United States,
Germany, Sweden and Canada)

SPS No. 92/19

Götz ROHWER

RZoo: Efficient Storage and
Retrieval of Social Science Data

SPS No. 92/20

Stefano GUZZINI

The Continuing Story of a Death
Foretold. Realism in International
Relations/International Political
Economy

SPS No. 92/21

Giandomenico MAJONE

Ideas, Interests and Policy Change

SPS No. 92/22

Árpád SZAKOLCZAI

On the Exercise of Power in
Modern Societies, East and West

SPS No. 92/23

Stefan ROSSBACH

The Autopoiesis of the Cold War:
An Evolutionary Approach to
International Relations?

SPS No. 92/24

Steven LUKES

On Trade-Offs Between Values

SPS No. 92/25

Stephan RUSS-MOHL

Regulating Self-Regulation: The
Neglected Case of Journalism
Policies. Securing Quality in
Journalism
and Building Media
Infrastructures on a European
Scale

SPS No. 92/26

Véronique MUNOZ DARDÉ
The Idea of Feminism from a
Kantian Perspective. An Exercise
in Practical Reasoning

SPS No. 92/27

Giandomenico MAJONE
The European Community
between Social Policy and Social
Regulation

SPS No. 92/28

Volker EICHENER
Social Dumping or Innovative
Regulation?

Processes and Outcomes of European
Decision-Making in the Sector of
Health and Safety at Work
Harmonization

* * *

SPS No. 93/1

Giandomenico MAJONE
Mutual Recognition in
Federal Type Systems

SPS No. 93/2

Giandomenico MAJONE
Deregulation or Re-Regulation?
Policymaking in the European
Community Since the Single Act

SPS No. 93/3

Giandomenico MAJONE
Controlling Regulatory
Bureaucracies: Lessons from the
American Experience

SPS No. 93/4

Árpád SZAKOLCZAI
From Governmentality to the
Genealogy of Subjectivity:
On Foucault's Path in the 1980's

SPS No. 93/5

Árpád SZAKOLCZAI
Types of Mayors, Types of
Subjectivity: Continuities and
Discontinuities in the East-Central
European Transitions I

SPS No. 93/6

Louis CHARPENTIER
Le dilemme de l'action positive
Analyse du concept à travers les débats
parlementaires relatifs à la loi sur l'éga-
lité professionnelle entre les femmes et
les hommes

